Die Wirksamkeit von Schutzhüllenverträgen bei Standardsoftware
in Deutschland und den USA

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Jürgen Weyers

aus: Rheda-Wiedenbrück

meiner Frau

Petra Weyers

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln zur Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Hanns Prütting, der im Rahmen der mit ihm geführten Gesprächen und Diskussionen einen wertvollen Beitrag zu dieser Arbeit geleistet hat.

Köln im August 2000

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Das heutige Alltagsleben läßt sich nur schwer ohne den Einsatz von Computern vorstellen. In den letzten Jahren hat sich dadurch der Markt für Computerartikel vervielfacht. 1979 wurden in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt ca. 1,7 Mrd. DM für Software ausgegeben[1]. Bis zum Jahre 1986 haben sich diese Ausgaben bereits auf 15,8 Mrd. DM erhöht[2]. Für 1998 wird bereits ein Umsatz in Höhe von 11, 2 Mrd. ECU, ca. 22, 4 Mrd. DM, erwartet[3], wobei der Preis für die einzelne Software durch die weite Verbreitung sogar noch gesunken ist.

Ohne eine genaue Abgrenzung zwischen den Bereichen Hard- und Software vornehmen zu wollen, kann man grob sagen, daß die Hardware das sichtbare Gerät ist, durch das die "eingelegte" Software[4] zum "Laufen" gebracht wird[5]. Die Software läßt sich dabei noch in zwei größere Gruppen einteilen. Es gibt die sogenannte Individualsoftware, die für einen bestimmten Benutzer maßgeschneidert wird, während der zweite Bereich als Standardsoftware bezeichnet wird. Hierbei handelt es sich um vorgefertigte Programme, die für eine unbestimmte Vielzahl von Benutzern gefertigt worden sind. Zu diesen Programmen zählen z.B. Textverarbeitung, Tabellenkalkulation und Dateiverwaltung. Standardsoftware machte 1990 ca. 25% des gesamten Softwaremarktes aus, wobei der Anteil seitdem stark gewachsen ist. Ein Grund für den steigenden Marktanteil von Standardsoftware am Gesamtmarkt liegt in dem Bedürfnis der Kunden, mit kompatiblen Programmen zu arbeiten. Die Kompatibilität ermöglicht es dem einzelnen Anwender, ganze Systeme im „Baukastenprinzip“ zusammenzustellen und zu erweitern. Auch können Dateien zwischen Geschäftspartnern auf elektronischem Wege ausgetauscht und problemlos weiterverarbeitet werden. Darüberhinaus besteht bei der Nutzung von Individualsoftware häufig das Risiko einer Geschäftsaufgabe der überwiegend kleinen bzw. kleineren Softwareanbieter aufgrund

---

1 Quelle: VDMA, ÖVD/Online 1987/12, Seite 46.
2 Ebenda.
3 Quelle: VDMA.
4 Es gibt Unterschiede zwischen den Begriffen Software, Programm etc. Für diese Arbeit wird dieser Unterschied außer Acht gelassen und die Begriffe werden gleichgestellt. Dabei soll es sich dann jeweils um das eigentliche Programm ohne die dazugehörige Anwenderdokumentation handeln.

unterschiedlicher Schwierigkeiten mit der Folge, daß die Individualsoftware faktisch für den Anwender ihren Wert verliert. In einem solchen Fall fiele dann die gesamte Systembetreuung einschließlich des Erhalts von aktualisierten Versionen weg. Beim Einsatz von Standardsoftware ist sichergestellt, daß praktisch jederzeit neue Programme oder Updates für das bestehende System erhältlich sind. Diese Programme werden teilweise von den Herstellern direkt, hauptsächlich aber von zwischengeschalteten Softwarehändlern vertrieben.

Bei einem Vertrieb von Software unter Berücksichtigung der einzelnen Transaktionen ist mithin zweifelsfrei von einem Massengeschäft auszugehen, was im Falle von Standardsoftware besondere Probleme aufwirft, die zumeist in der Vereinbarung von wirksamen Vertragsbedingungen gegenüber den Endverbrauchern liegen. Da die Hersteller aber nicht immer in einer direkten Vertragsbeziehung zu den Anwendern stehen, suchen diese eine Lösung zum Schutz ihrer Interessen. Diese Lösung wird heute u.a. durch sogenannte "Schutzhüllenverträge" zu erreichen versucht.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit Schutzhüllenverträgen (Herstellerverträgen) in ihren möglichen Ausprägungen, wobei deren Rechtsnatur und Rechtsprobleme, insbesondere die Frage der Wirksamkeit der Vereinbarungen zwischen Hersteller und Anwender, herausgearbeitet werden. Da es in Deutschland noch keine ersichtliche höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Problemkreis gibt, wird zur Bestimmung der gebotenen Einordnung im deutschen Recht auch das amerikanische Recht dargestellt und zum Vergleich herangezogen .

Ihren Abschluß findet diese Arbeit in einem Problemlösungsteil, in dem ein Vorschlag zur Vertragsgestaltung von Herstellerverträgen gemacht werden soll.

---

[5] Ähnlich Breidenbach in CR 89, 873; Greve, Datenverarbeitung, 17, 26; Maier in NJW 86, 1909; Wittmer, Der Schutz von Computersoftware, 31. 1.

1. Teil - Deutsches Recht

I. Die Herstellerverträge

1. Schutzhüllenverträge

Bei den Herstellerverträgen sind derzeit die "wirklichen" Schutzhüllenverträge weit verbreitet; dies hat zur Namensgebung dieser Verträge geführt. Bei diesen Schutzhüllenverträgen ergibt sich regelmäßig folgender Sachverhalt: Das eigentliche Softwarepaket ist in eine Folie eingeschweißt. Durch diese Folie hindurch ist ein auf der Diskette oder CD-Rom angebrachter Hinweis sichtbar, der auf bestimmte Vertragsbedingungen[6] verweist. Typische Hinweise sind zum Beispiel:

> “Bitte Beachten! Die Benutzung der auf den beiliegenden Disketten erhaltenen Software unterliegt den Bestimmungen des Microsoft-Lizenzvertrages, der sich in der Microsoftproduktpackung befindet. Sie sollen diesen Umschlag nicht öffnen bevor sie den Microsoft-Lizenzvertrag durchgelesen haben. Durch Öffnen dieses Umschlags erklären sie, daß sie den Microsoft-Lizenzvertrag gelesen haben und die darin enthaltenen Bestimmungen akzeptieren.“[7]

> "Durch Öffnen der versiegelten Packung mit den Programmdisketten erklären Sie sich mit den nachstehenden Vertragsbedingungen einverstanden.
> Sollten Sie mit den Vertragsbedingungen nicht einverstanden sein, geben Sie die ungeöffnete Packung und alles beiliegende Material bitte umgehend beim Verkäufer zurück. Der Kaufpreis wird Ihnen in diesem Fall voll erstattet"[8].

> "Dieser Vertrag ist eine rechtliche Vereinbarung zwischen Ihnen, dem Endverbraucher und Central Point Software Inc. Durch den Gebrauch der Software erklären Sie sich mit den Vertragsbedingungen einverstanden. Sollten Sie mit den

---

[6] Ob es sich bei diesen Bedingungen um AGB oder individuelle Vereinbarungen handelt, soll im Moment noch dahinstehen.

[7] Vgl. Diskettenverpackung der Microsoft Corporation.

Vertragsbedingungen nicht einverstanden sein, geben Sie die Disketten und die mitgelieferten Bestandteile (einschließlich des schriftlichen Materials, Heftern und deren Verpackung) unverzüglich dort, wo Sie das Produkt erworben haben, zurück; der Erwerbspreis wird Ihnen voll zurückerstattet"[9].

„Alle Rechte vorbehalten. Dieses Programm ist durch US-amerikanische Urheberrechtsgesetze geschützt und Bestimmungen internationaler Verträge geschützt. Weitere Informationen erhalten Sie im Dialogfeld Info."[10]

Häufig ist dabei bereits das Gesamtpaket in eine Folie eingeschweißt, nach deren Öffnen man die Bedingungen lesen kann, bevor man die Verpackungsfolie der einzelnen Disketten aufreißen muß[11].

2. Gebrauchsverträge

Weniger verbreitet, aber nach Vorstellung der Hersteller nicht weniger einschneidend für den Erwerber, stellen sich die sogenannten Gebrauchsverträge dar. Für diese Verträge gibt es noch keine einheitliche Namensgebung. Die Zustimmung zu den Vertragsbedingungen soll durch den Gebrauch des Programms begründet werden. Der Anwender soll durch die Benutzung einer bestimmten Taste des Computers sein Einverständnis mit den Vertragsbedingungen erklären. Ein Beispiel für eine solche Bestimmung ist:

"Mit ENTER stimmen Sie dem Lizenzabkommen zu und können mit dBASE IV arbeiten"[12].

Die Zustimmung des Anwenders zu den Bedingungen des Herstellers liegt

---

[8] Vgl. den Micrografx-Lizenzvertrag der Micrografx Inc.
[9] Vgl. den Lizenzvertrag der Central Point Software Incorporation.
[10] Vgl. den Lizenzvertrag der Microsoft-Exchange-Software
[11] In einem solchen Falle ist es zumeist unmöglich, die Bedingungen vor dem Öffnen der ersten Folie zu lesen.
[12] Vgl. den Eröffnungsbildschirm des dBASE IV Datenbankprogramms der Ashton-Tate Corporation.

hier nicht im Öffnen eines in Folie eingeschweißten Programms, sondern erst in der Betätigung der ENTER/RETURN Taste des Computers. Der Benutzer bekommt nach dem Programmstart einen Hinweis des Herstellers auf dem Bildschirm seines Computers, wonach das Drücken dieser Taste die Zustimmung zu den Vertragsbedingungen bedeuten soll. Das Programm kann aber nur dann benutzt werden, wenn diese Taste auch tatsächlich gedrückt wird. Von daher ist ein gewisser "Gebrauch" des Programms vonnöten, so daß von einem Gebrauchsvertrag gesprochen werden kann[13].

Eine andere Variante des Gebrauchsvertrages ist die, einen entsprechenden Hinweis[14] auf dem Bildschirm für eine gewisse Zeit erscheinen, dann aber den Programmablauf auch ohne jedwede Einwirkung des Anwenders fortlaufen zu lassen.

Andere Arten dieser Gebrauchsverträge verzichten schon von vorneherein auf das Drücken irgendwelcher Tasten. Sie stellen alleine auf die Nutzung, also den Gebrauch des Programms ab. Durch den bloßen Gebrauch der Software soll sich der Anwender mit den Vertragsbedingungen des Softwareherstellers einverstanden erklären:

> "By using this product, you agree to be bound by the terms of this notice"[15].

3. Registrierkartenverträge

Die sogenannten Registrierkartenverträge knüpfen, nicht anders als Schutzhüllenverträge, an eine vom Anwender vorzunehmende Handlung (bzw. im Fall der Gebrauchsverträge auch an ein Unterlassen) an, die als Zustimmung zu den Vertragsbedingungen gedeutet wird. Dabei wird dem

---

[13] Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 385, 390 f, hingegen bezeichnet diese Art der Verträge als "ENTER-Vereinbarungen". Diese Bezeichnung ist aber etwas undeutlich, da er die als nächsten zu behandelnden Registrierkartenverträge als "RETURN-Vereinbarungen" bezeichnet, was bei derselben Bedeutung der einen Taste zu Unklarheiten führen kann.

[14] Hierbei wird entweder die Vereinbarung ausdrücklich aufgezeigt, oder aber nur auf beiliegende Vertragsbedingungen verwiesen. So z.B. bei dBase III, Version 1.1 von Ashton-Tate.

[15] So z.B. der Programmstart von Copy II-PC.

Softwarepaket eine Registrierkarte beigelegt, auf der die Vertragsbedingungen zumindest auszugsweise abgedruckt sind oder auf die durch einen Hinweis verwiesen wird. Diese Registrierkarte soll dann vom Anwender unterschrieben an den Softwarehersteller zurückgeschickt werden. Ein typischer Hinweis lautet wie folgt:

> "The undersigned End User of MicroPro product materials hereby acknowledges that he or she has read and fully understands the forms of the End User Agreement (Form MS-01), the terms and conditions of which are hereby incorporated in this card and acknowledged by this reference.
> The undersigned hereby agrees that by signing this document he or she becomes a party to be bound by all terms, conditiones, and obligations contained therein"[16].

Der Softwarehersteller ist verständlicherweise an der Rücksendung dieser Registrierkarte interessiert. Daher haben sich verschiedene Wege eingebürgert, den Anwender zu dieser Handlung zu bewegen. Die Firma *MicroPro* verspricht den Kunden im Falle der Rücksendung der unterschriebenen Registrierkarte die Zusendung von weiteren Produktinformationen und Updates der Software:

> "Hurry! Sign and return the End User Agreement Card today. ... This will enable you to obtain news regarding: 1. product updates, 2. new products, 3. application suggestions"[17].

Eine ebenfalls gewählte Möglichkeit ist die u.a. von der Firma *Borland* eingesetzte Drohung gegenüber dem nicht die Registrierkarte zurücksendenden Kunden:

> "Failure to sign and return this agreement and still use the software is unlawful. ... Only on the condition that you sign and return this license agreement *Borland Inc.* hereby grants you a non-exclusive

---

[16] Vgl. die Vereinbarung der MicroPro Corporation, die auch beim Vertrieb in Deutschland zumeist in Englisch abgefaßt sind.
[17] Vgl. die Titelseite des End User Agreement von MicroPro.

> and non-transferable license to use the copy of the software..."[18].

Die Firma *SoftMaker* erklärt den Kunden:

> "Die Nutzung von TextMarker ist ungesetzlich, solange dieser Vertrag *SoftMaker* nicht zugegangen ist"[19].

Ein ähnliches System besteht auf dem Gebiet des sogenannten Garantiekartensystems[20]. Hierbei ist aber eine Rücksendung der Karte an den Hersteller nicht unbedingt notwendig. Der Anwender erhält auch nur eine für ihn rein vorteilhafte Herstellergarantie. Demgegenüber müssen die Registrierkarten bei der Softwareüberlassung notwendigerweise an den Softwarehersteller zurückgeschickt werden. Andernfalls ist der Hersteller nicht in der Lage, den betreffenden Anwender zu registrieren.

Ein Unterschied zwischen dem Garantiekartensystem und den Registrierkarten besteht in der angestrebten Rechtsfolge. Bei den Registrierkarten im Softwarehandel sollen dem Anwender nicht lediglich weitere Rechte eingeräumt werden, sondern die Nutzungsrechte sollen erheblichen Einschränkungen unterworfen werden. Durch die Unterzeichnung werden dem Anwender Beschränkungen auferlegt, die teilweise sogar über die der urheberrechtlichen Regelungen hinausgehen.

II. Inhalte von Herstellerverträgen

Die meisten der vielzählig im Umlauf befindlichen Herstellerverträge regeln im wesentlichen zwei übergeordnete Problemkomplexe. Dabei handelt es sich um die Nutzungsrechte des Anwenders sowie um die Gewährleistungs- und Haftungsregeln.

---

[18] Vgl. die Vereinbarung von Borland.

[19] Vgl. den Vertrag über die Nutzung des Programms Textmaker der Firma SoftMaker aus Nürnberg.

[20] Siehe Wolf in W/H/L, § 11 Nr. 10 a, Rz. 6 ff; BGH in NJW 88, 1726 ff.

1. Nutzungsrechte des Anwenders und Urheberrechtsschutz von Standardsoftware

Die Herstellerverträge weisen den Anwender darauf hin, daß er ein einfaches Nutzungsrecht benötige, um die Software einsetzen zu dürfen, da jede Programmnutzung eine Vervielfältigung im Sinne der §§ 16, 69 c Nr. 1 UrhG beinhalte. Der Händler, der dieses Programm übergeben hat, verfüge aber nicht über ein ausschließliches Nutzungsrecht, weshalb auch der Hersteller selbst das notwendige einfache Nutzungsrecht an den Anwender übertragen müsse[21]. Unterstellt man die Richtigkeit der Behauptung hinsichtlich der Vervielfältigung, so gilt diese Behauptung primär dann, wenn Standardsoftware überhaupt urheberrechtlich geschützt ist.

Inwiefern Software urheberrechtlich geschützt ist, war bislang trotz der UrhG-Novelle von 1985 unklar. Mit der Übernahme von Computerprogrammen als Werkart in den Katalog urheberrechtlich geschützter Werke des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG erfolgte zwar die grundsätzliche Anerkennung von Computerprogrammen als Werke im urheberrechtlichen Sinn, doch stellte der BGH sehr hohe Anforderungen an die Schöpfungshöhe[22], so daß die Urheberrechtsfähigkeit in den meisten Fällen abgelehnt wurde[23]. Durch die Umsetzung der am 14.5.1991 in Kraft getretenen EG-Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen[24] wurde die Urheberrechtsfähigkeit durch Einfügen der §§ 69 a ff UrhG[25] konkretisiert, was zu einer Änderung der Situation führte.

Nach der neu geschaffenen Gesetzeslage müssen seit diesem Zeitpunkt Computerprogramme als urheberrechtlich geschützt angesehen werden, wenn sie nicht ganz simpel gestaltet und abgeschrieben sind[26], so daß auch die Computerprogramme urheberrechtlichen Schutz genießen, deren Schutzfähigkeit bisher an der von ihnen nicht erreichten Schöpfungshöhe des

---

[21] Vgl. Zahrnt, Vertragsgestaltung, 8.5.2.
[22] Vgl. z.B. BGH in CR 85, 22ff; BGH in CR 91, 80ff; BGH in CR 93, 752ff; Schneider, EDV Rz. A 26.
[23] Vgl. Vinck in Fromm/Nordemann zu § 69a UrhG Rz. 1.
[24] 91/250/EWG, ABIEG Nr. L 122/42 vom 17.5.1991 = CR 1991, 382ff.
[25] Urheberrechtsnovelle vom 24.6.1993.
[26] BGH in CR 93, 752ff, BGH in CR 94, 257ff; OLG Düsseldorf in CR 1997, 337ff; Bartsch in CR 1992, 393ff.

§ 2 Abs. 2 UrhG scheiterten.

Da der BGH[27] bereits in seiner Buchhaltungsprogrammentscheidung in einem obiter dictum ausführte, daß bei Computerprogrammen aufgrund der Regelung des § 69 a Abs. 3, S. 2 UrhG künftig geringere Schutzanforderungen zu stellen seien, ist davon auszugehen, daß der Bundesgerichtshof nunmehr die Urheberrechtsfähigkeit von Standardsoftware grundsätzlich nicht mehr in Zweifel ziehen wird.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte[28] ist in den Entscheidungen nach der Urheberrechtsnovelle bereits übereinstimmend von geringeren Anforderungen zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit ausgegangen.

Zu klären ist aber vorab, welche Teile der Standardsoftware vom Urheberrecht erfaßt werden und welche Anforderungen konkret an das einzelne Programm zu stellen sind, um einen urheberrechtlichen Schutz annehmen zu können.

a. Geschützte Werke

Die Überlassung von Standardsoftware erfolgt grundsätzlich im Object-Code[29], so daß dem Benutzer ein unmittelbarer Zugriff auf die Ergebnisse der einzelnen Programmentwicklungsphasen unmöglich wird.

Im Ergebnis zielt damit die gesamte Programmentwicklung von Standardsoftware nur auf die Herstellung eines vollständigen, betriebsfertigen

---

[27] BGHZ 123, 208, 211.

[28] Vgl. LG München I in CR 1997, 351, 353; OLG Düsseldorf in CR 1997, 337, 338; OLG Düsseldorf in CR 1995, 730; LG Oldenburg in CR 1996, 217, 219.

[29] Bei der Herstellung von Software wird zuerst eine generelle Problemlösung entwickelt (Problem- oder Systemanalyse). In der nächsten Phase wird der aufgefundene Lösungsweg in Form einer graphischen Darstellung des Befehls- oder Informationsablaufs so wiedergegeben, wie ihn eine EDV-Anlage erfordert. Letztendlich erfolgt die eigentliche Codierung des Programms. Hierbei wird der Programmablauf in eine dem Computer verständliche Befehlsfolge umgewandelt. Die Codierung wird in der Regel zunächst, unabhängig von der Maschinensprache des zur Verfügung stehenden Computers, in einer Programmiersprache vorgenommen. Dieses Ergebnis ist das Primär- oder Quellenprogramm. Durch maschinelle Übersetzung des Quellenprogramms entsteht das Objektprogramm, das der Maschinensprache direkt entspricht.

Programms ab, wobei die einzelnen Entwicklungsstufen fließend ineinander übergehen. Dennoch kann eine Prüfung der einzelnen Entwicklungsphasen dann vonnöten sein, wenn eine Verletzung von Urheberrechten bezüglich einzelner Phasen eines fremden Gesamtprogramms vorliegt, ein Streit über die Miturheberschaft besteht oder die Herausgabe des Quellprogramms beansprucht wird[30].

Diese Auffassung steht sowohl im Einklang mit der Lösung des Bundesgerichtshofs, da dieser in der "Inkasso - Programm" Entscheidung vom 9.5.1985[31] einräumt, daß in den meisten Streitfällen das betriebsfertige Programm der eigentliche Streitgegenstand ist und eine Prüfung der einzelnen Phasen[32] nur in den bereits oben genannten Fällen bedeutsam sei[33], als auch mit der gesetzlichen Regelung des § 69 a Abs. 1 UrhG, der bestimmt, daß Computerprogramme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials, zu schützen sind. Mit dieser Formulierung will der Gesetzgeber einen möglichst umfassenden Urheberrechtsschutz gewährleisten und bezieht sowohl das fertige Programm als auch die einzelnen Entwicklungsphasen[34] in den Schutzbereich ein[35]. Je nach Verletzungshandlung kann entweder das fertige Computerprogramm Gegenstand der Prüfung sein oder jede der einzelnen Entwicklungsphasen.

Im Falle der urheberrechtlichen Beurteilung von Standardsoftware kann diese Unterscheidung dahinstehen, da es in der Praxis üblich ist, daß der Anwender lediglich eine Kopie des im Object-Code geschriebenen, betriebsfertigen Programms erhält.

Nicht vom urheberrechtlichen Schutz erfaßt werden grundsätzlich die zugrunde liegenden wissenschaftlichen Theorien und Lehren, die für

---

[30] Vgl. auch BGH in NJW 86, 192ff.

[31] BGH in NJW 86, 192ff.

[32] 1. Generelle Problemlösung; 2. Projektion der Problemlösung in Datenfluß- und Programmablaufplan; 3. Programmcodierung.

[33] Somit bedarf es nur dann der Feststellung der Urheberrechtsfähigkeit am Ergebnis einer früheren Entwicklungsphase, wenn ein Dritter ein eigenes Urheberrecht an einem solchen Zwischenergebnis geltend macht, und es auf ein Urheberrecht einer einzelnen Phase, die in das betriebsfähige Programm eingeflossen ist, ankommt.

[34] Von der erste Lösungsskizze des Entwurfs- und Ausführungsmaterials bis hin zur fertigen Software.

[35] Vgl. Vinck in Fromm/Nordemann zu § 69 a UrhG, Rz. 2.

jedermann frei verfügbar bleiben müssen[36]. Der Bundesgerichtshof trennt deshalb zwischen Form und Inhalt bei der Bestimmung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes[37]. Dabei wird der Inhalt von Standardsoftware als solcher nicht als schutzfähig angesehen[38]. Ausschließlich entscheidend sei der Niederschlag und Ausdruck des Inhalts in der Gedankenform und Gedankenführung oder die besonders geistvolle Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargelegten Stoffes[39].

Trotz der Anerkennung der grundsätzlichen Freiheit von wissenschaftlichen Theorien und Lehren in der Literatur[40] wird seit Mitte der sechziger Jahre teilweise vertreten, daß bei Computerprogrammen auch inhaltliche Elemente vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand erfaßt werden[41], da sich die Individualität des Schöpfers eines Werkes nicht nur in der Formgebung, sondern auch in der Schaffung des Werkes als Ganzes, daher auch im Inhalt ausdrücke.

Dabei vertreten insbesondere *Wittmer* und *Haberstumpf* die Ansicht, daß unter gewissen Umständen die Anweisung[42], beziehungsweise die Algorithmen höherer Allgemeinheitsstufe[43] vom Schutzgegenstand des Urheberrechts mitumfaßt werden. Diese Autoren sind der Ansicht, der Grundsatz der Freiheit von wissenschaftlichen Lehren und Theorien besage lediglich, daß Algorithmen, Anweisungen und allgemeine Regeln nicht schutzfähig seien, die schöpferische Umsetzung und weitere Ausgestaltung dieser allgemeinen Regeln hingegen vom urheberrechtlichen Schutz erfaßt werden können.

---

[36] BGH in GRUR 1985, 1047; Vinck in Fromm/Nordemann zu § 2 UrhG, Rz. 43.
[37] BGH in NJW 86, 192f.
[38] Ebenda.
[39] Ebenda.
[40] Vinck in Fromm/Nordemann zu § 2 UrhG, Rz. 43 hier noch weitere Nachweise
[41] Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 15; Köhler, Rechenprogramme, 51-55; v. Gamm in WRP 69, 96-100; Reimer in GRUR 1980, 577-580; Wittmer, Der Schutz von Computersoftware, 85-88; Kolle in GRUR 1982, 453f; Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik, 35; Erdmann in CR 1986, 252f; Moritz/Tybussek, Computersoftware, Rz. 174f; Haberstumpf in Lehmann, 229-231; siehe auch König, Das Computerprogramm im Recht, der schon den grundsätzlichen Urheberrechtsschutz von Programmen bezweifelt, Rz. 446ff; Dietz in Schricker, 305-311.
[42] Vgl. Wittmer, Der Schutz von Computersoftware, 95f.
[43] Vgl. Haberstumpf in Lehmann, 231f.

Hauptansatzpunkt der Vertreter dieser Meinung ist die zumeist breite Variationsmöglichkeit für die Programmgestaltung bei komplexen Programmen[44]. Dem Programmentwickler müsse ein individueller Freiraum eingeräumt werden, um der Programmgesamtgestaltung ein individuelles Gepräge zu geben. Dabei solle der Urheberrechtsschutz im Rahmen der Entwicklung dort ansetzen, wo sich die individuelle Gestaltung des Programms erstmalig abzeichnet[45] und, bei Beurteilung des betriebsfertigen Programms, in diesem einen Ausdruck findet. Die Freiheit der zugrundeliegenden Regeln und Formeln der Methode des Schaffens werden dabei aber weiterhin anerkannt[46].

Dieser Meinung ist zwar insofern zuzustimmen, daß bei komplexen Programmen ein breites Spektrum von Wahlmöglichkeiten zur Lösung einer Aufgabe besteht und bei einer Vielzahl von bestehenden Algorithmen lediglich eine allgemeine Regel nicht urheberrechtlicher Schutzgegenstand sein kann, doch hat die vom BGH vorgenommene Abgrenzung der schutzfähigen Form vom nicht schutzfähigen Inhalt eines Werkes den Vorteil, eine klare Trennungslinie zu schaffen und mithin effektiver der Rechtssicherheit zu dienen. Dies ist aber nicht das einzige Argument für die zutreffende Ansicht des BGH.

Die Ansicht der Literatur stellt im wesentlichen darauf ab, daß in den verschiedenen Möglichkeiten der Zusammenstellung von Algorithmen die schöpferische Leistung zu sehen ist; gerade deren urheberrechtlicher Schutz sei geboten. Zwei wesentliche Punkte werden aber außer Acht gelassen. Zum einen müssen alle verwendeten Regeln (Algorithmen) als wissenschaftliche Lehren und Theorien frei bleiben, so daß sie nicht urheberrechtlich geschützt werden können. Diese Ansicht wird grundsätzlich auch von der Literatur[47] geteilt. Auch die Vielzahl von wissenschaftlichen Regeln, die alternativ zusammengefügt werden können, kann und darf an dieser Erkenntnis nichts ändern. Es ist zwar richtig, daß gegebenenfalls eine Gesamtverbindung entsteht, die vorher noch nicht existent war, aber dies ändert nichts an der

---

[44] Habel, Nutzungsrechte an Standartsoftwareprogrammen, S. 101.
[45] Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 18.
[46] Habel, Nutzungsrechte an Standartsoftwareprogrammen, S. 101.
[47] So z.B. Hauptmann, Abhängige Beschäftigung und der urheberrechtliche Schutz, S. 15.

Tatsache, daß jeder einzelne, auch noch so kleine Schritt eine an sich freie wissenschaftliche Regel bleibt. Eine lediglich andere Verkettung kann und darf die rechtliche Bewertung nicht verschieben.

Zum anderen müssen auch die sich jeweils ergebenden Konsequenzen in Betracht gezogen werden. Würde man der Ansicht der Literatur folgen, so bestünde die Möglichkeit, alle bestehenden allgemeinen Regeln so zu verbinden, daß keine weitere Möglichkeit der Zusammensetzung ungenutzt bliebe[48]. Auf diese Weise wären alle einzelnen Verbindungen nach der Ansicht der Literatur urheberrechtlich geschützt, und kein weiterer Programmentwickler könnte eine dieser ursprünglich freien Regeln mehr verwenden, ohne gegen geltendes Urheberrecht zu verstoßen. Dies ist ein Ergebnis, selbst wenn es im Moment nur rein theoretisch vorstellbar ist, das die Gründe für die Ablehnung dieser Meinung offenbart. Daher ist der Meinung des BGH zu folgen. Die sich auf einen vorgegebenen Rechner beziehende Rechenregel ist einem Urheberrechtsschutz ebensowenig zugänglich, wie andere bei der Erstellung des Programms herangezogene mathematische oder technische Lehren und Regeln[49].

Diese Ansicht wird sowohl von der gesetzlichen Regelung des § 69 a Abs. 2 UrhG, nach der die Ideen und Grundsätze nicht geschützt sind, als auch durch die Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware der Weltorganisation für geistiges Eigentum, deren Schutzvorschriften dem Urheberrecht ähnlich sind, bestätigt. In § 4 WIPO[50] ist festgelegt, daß sich die gewährten Rechte nicht auf Konzepte erstrecken, auf denen Computerprogramme beruhen[51].

Mit diesem Ergebnis ist aber noch nicht geklärt, wann ein Computerprogramm letztendlich urheberrechtlich geschützt ist, d.h. welche Anforderungen an die Schöpfungshöhe zu stellen sind. Da sich -wie bereits oben erläutert- die Beurteilung der Schöpfungshöhe durch die Urheberrechtsnovelle von 1993

---

[48] Hierbei kann dann sogar ein Programm Funktionen entwickeln, die eigentlich überflüssig sind, nur mit dem Ziel, diese Verkettung schutzfähig werden zu lassen.

[49] BGH in NJW 86, 192ff; BGH - "Anwaltsschriftsatz" - in GRUR 86, 739; diese Ansicht hat der BGH in seiner Entscheidung vom 4.10.1990 - Betriebssystem- erneut bestätigt.

[50] World Intellectual Property Organization.

[51] S. WIPO, Mustervorschriften, S. 307.

grundsätzlich geändert, sich der BGH aber bisher -zwar dem Willen des Gesetzgebers entgegenkommend- nur in einem obiter dictum[52] geäußert hat, erstreckt sich die weitere Darstellung sowohl auf die Rechtssituation vor, als auch nach der Umsetzung der EG – Richtlinie vom 17.05.1991.

b. Eigene geistige Schöpfung

Nach der am 14.5. 1991 in Kraft getretenen Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen[53] gilt das gleiche Urheberrecht für jedes Computerprogramm innerhalb der EG. Danach sind in allen Mitgliedsstaaten Computerprogramme als literarische Werke[54] im Sinne der Richtlinie urheberrechtlich zu schützen. Diese Bestimmung ist in § 69 a Abs. 4 UrhG umgesetzt worden. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie findet sich in § 69 a Abs. 3 UrhG wieder, indem Computerprogramme geschützt werden, sofern sie individuelle Werke als Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung der Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden als bei anderen Werkarten. Dieser europaweit geltende Schöpfungsbegriff verlangt also keine „persönliche“, wie bisher § 2 Abs. 2 UrhG, sondern eine „eigene“ Schöpfung, die als Schutzvoraussetzung nur noch die einfache anstelle einer überdurchschnittlichen Individualität verlangt[55].

Ein Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz kommt also nur dann in Betracht, wenn bei dem zu schützenden Gut eine eigene geistige Schöpfung gegeben ist. Dabei gilt bei den gewerblichen Schutzrechten genau wie für das Urheberrecht, daß eine Idee -wie bereits oben erläutert- gemeinfrei bleiben muß[56], weil regelmäßig der Inhalt einer Idee schon in der Natur in irgendeiner Art und Weise vorhanden ist und nicht erst vom menschlichen Verstand kreiert wird. Einem Erfinder wird als Lohn für die, durch seine Zusammensetzung entstandene, Verwertbarkeit der Idee ein zeitliches Monopolrecht eingeräumt. Ein Urheberrecht entsteht nur an den subjektiven Teilen der Idee, mithin nur

---

[52] BGHZ 123, 208, 211

[53] 91/250/EWG, ABlEG Nr. L 122/42 vom 17.5.1991 = CR 1991, 382ff.

[54] Vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie.

[55] Vgl. Vinck in Fromm/Nordemann zu § 69 a UrhG Rz. 1, 4.

an den Bereichen, die auf den individuellen Anlagen und Fähigkeiten ihres Schöpfers beruhen[57]. Dieser Grundsatz entspricht dem Ausdruck des § 69 a Abs. 2 UrhG, wonach bei einem Werk eine "eigene geistige Schöpfung" gefordert wird.

Für die Annahme des Urheberrechts verlangte der I. Zivilsenat des BGH bislang "ein deutliches Übersteigen der Programmgestaltung gegenüber dem durchschnittlichen Schaffen eines anderen Programmierers", wobei alleine der quantitative Umfang eines Programms[58] kein anderes Ergebnis bewirken konnte[59].

Die ausreichende Schöpfungshöhe im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG war nach Ansicht des BGH erreicht, wenn der konkreten Formgestaltung gegenüber den vorbekannten Gestaltungen individuelle Eigenheit zukommt. Dies sollte durch den Vergleich des geistig-schöpferischen Gesamteindrucks der konkreten Gestaltung mit denen der vorbestehenden Gestaltungen ermittelt werden[60]. Ließen sich dann nach Maßgabe des Gesamtvergleichs schöpferische Eigenheiten feststellen, so waren diese dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen. Das Können eines Durchschnittsgestalters sah der BGH dabei bisher außerhalb jeder Schutzfähigkeit. Erst in einem "erheblich weiteren Abstand ließ er die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die ein deutliches Überragen der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt", beginnen[61].

Die individuelle Eigenart könne auch durch die Be-, Um-, und Einarbeitung vorbekannter Elemente und Formen erzielt werden, wobei es für die schöpferische Gestaltungshöhe weder auf den quantitativen Umfang, den Aufwand, oder die Kosten des Programms, noch auf die Vielzahl der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die andere Programmierer benutzt

---

[56] Vinck in Fromm/Nordemann zu § 69 a UrhG, Rz. 3; Hauptmann, Abhängige Beschäftigung und der urheberrechtliche Schutz, S. 14.

[57] Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 119; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 32.

[58] Im vorliegenden Fall stand der Einsatz von 100 - 200 "Mannjahren" im Raum.

[59] BGH in NJW 91, 1231, 1233 (II 3b cc der Entscheidungsgründe).

[60] Ebenda; BGHZ 27, 351, 356f.

[61] Ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH in NJW 85, 1631; BGH in NJW 86, 192.

hätten, ankäme. Grundsätzlich konnte schon eine hinreichende schöpferische Gestaltungshöhe in nur einer Phase der Programmentwicklung ausreichen[62]. Da dies aber bislang für fast keine Standardsoftware galt, war diese zum überwiegenden Teil vom Urheberrechtsschutz ausgenommen.

Regelmäßig handelt es sich um Programme, die zwar mit viel zeitlichem Aufwand hergestellt, besser entwickelt worden sind, aber die Quantität des Aufwandes könnte das vom Bundesgerichtshof für erforderlich gehaltene Merkmal der ehemals notwendigen persönlichen geistigen Schöpfung nicht ersetzen.

Es ist davon auszugehen, daß sich die Rechtsprechung zur Schöpfungshöhe in Anbetracht der neuen Gesetzeslage durch den § 69 a Abs. 3 UrhG[63] ändern wird[64]. Einen ersten Hinweis hat der BGH selbst, wie auch oben schon erwähnt, in einem obiter dictum[65] gegeben, indem er zugestand, daß bei Computerprogrammen aufgrund der Regelung des § 69 a Abs. 3, S. 2 UrhG künftig wohl geringere Schutzanforderungen zu stellen seien.

In § 69 a Abs. 3 UrhG ist festgelegt, daß Programme zu schützen sind, „wenn sie individuelle Werke in dem Sinn darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind", wobei zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit „keine anderen Kriterien" als bei anderen Werkarten anzuwenden sind[66]. Durch die Neuregelung in den §§ 69 a ff UrhG wird es möglich sein, die nötige Schöpfungshöhe auch dann zu erreichen, wenn der „Abstand zu bereits existierenden ähnlichen Programmen gering ist"[67]. Die schöpferische Leistung soll an der Individualität gemessen werden und nicht an der schöpferischen Eigentümlichkeit mit dem Erfordernis eines deutlichen Abstandes zu vorbestehenden Werken. Dies wird auch dadurch deutlich, daß nach Abs. 3, S. 2 qualitative und ästhetische Kriterien unbeachtlich sein sollen. Auch der „Schutz der einfachen persönlichen Schöpfung" soll vom

---

[62] BGH in NJW 86, 192, 197.
[63] Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991 basierenden Urheberrechtsnovelle vom 9. Juni 1993, BGBl I S. 910.
[64] LG Oldenburg in CR 96, 217, 219; Hauptmann, Abhängige Beschäftigung und der urheberrechtliche Schutz, S. 13ff.
[65] BGHZ 123, 208, 211
[66] Vinck in Fromm/Nordemann zu § 2 UrhG, Rz. 42.
[67] Vinck in Fromm/Nordemann zu § 2 Rz. 44.

Urheberrechtsschutz erfaßt werden, so daß auch das „Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers“[68] erfaßt wird[69]. Mit dieser Gesetzesänderung wird jetzt auch in Bezug auf Computerprogramme die „kleine Münze“ als schutzfähig anerkannt[70].

Danach läßt sich festhalten, daß Standardsoftware aufgrund der neuen Gesetzeslage regelmäßig urheberrechtsschutzfähig sein wird, und damit auch die Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Softwarehersteller regelmäßig notwendig sein wird.

2. Weitergabeverbote

Gleichzeitig sollen die Anwender durch die Schutzhüllenverträge an gewisse Weitergabebeschränkungen gebunden werden. Entsprechende Klauseln lauten beispielsweise wie folgt:

> Der Kunde darf die Software Dritten nicht überlassen.
>
> Der Kunde erhält ein nicht übertragbares und nicht ausschließliches und räumlich beschränkbares Recht die erstellte Software und Dokumentation in der Bundesrepublik Deutschland zu den nachstehenden Bedingungen zu nutzen[71].
>
> Der Anwender darf die Vertrags-Software in jeder Form ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Überlassers nicht an Dritte weitergeben[72].
>
> C hat keine weiteren Nutzungsrechte an dem Programm-Paket, insbesondere kein Recht, das Programm-Paket ... Dritten zu

---

[68] BGHZ 94, 276, 287.
[69] BT-Drucks. 12/4022, S. 9.
[70] Vinck in Fromm/Nordemann zu 69 a Rz. 4.
[71] Vgl. Bundesverband deutscher Unternehmensberater, Allgemeine Nutzungsbedingungen für Softwareprodukte. § 2 Ziffer 1 und Nixdorf, Bedingungen für Überlassung von Standardsoftware, Rz. 6.1, beide zitiert bei Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 141, Fn. 152.
[72] Vgl. Schneider, EDV, H 270.

überlassen[73].

Teilweise werden dem Anwender auch ausdrücklich Rechte der Übertragung und Weitergabe der Originalkopie zugestanden, wobei dann nur eine Mitteilung des Erwerbers verlangt wird:

> Bei einer Weiterveräußerung des Programmes an einen Dritten muß der Anwender dem Hersteller den Namen und die vollständige Adresse des neuen Anwenders mitteilen.

3. Gewährleistungs- und Haftungsregeln

Die meisten Vereinbarungen begrenzen die Gewährleistungsrechte mit unterschiedlichen Formulierungen. Vielfach wird ein Recht auf Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung angeboten. Insbesondere wird von Interessenvertretern der Softwareindustrie angeführt, daß Computerprogramme praktisch nicht fehlerfrei hergestellt werden könnten[74]. Eine typische Klausel lautet beispielsweise wie folgt:

> Es wird darauf hingewiesen, daß es nach dem Stand der Technik nicht möglich ist, Fehler in Datenverarbeitungsprogrammen unter allen Anwendungsbedingungen auszuschließen[75].

Die bei Software auftretenden Fehler sind fast ausschließlich Konstruktions- oder Kodierungsfehler, die in keiner Weise von der Beschaffenheit des Datenträgers oder anderen technischen Entwicklungen abhängig sind[76]. Somit können diese Fehler mit entsprechendem Aufwand[77] beseitigt, oder besser, von Anfang an vermieden werden. Daß dies grundsätzlich möglich sein muß,

---

[73] Vgl. Geissler/Pagenberg in Lehmann, Seite 424, Rz. 107.

[74] Heussen in CR 88, 984, 991f; Müller-Hengstenberg in CR 89, 900, 901; Moritz/Tybussek, Computersoftware, Rz. 814 ; Engel in BB 1985, 1159, 1165; einschränkend Tellis in BB 1990, 500, 502; siehe auch Bons in CS+SH, 35 f; Klatte in CS+SH, 46f.

[75] So zum Beispiel IBM Vertragsbedingung 1.2 in IBM Form 30675-6.

[76] Die meisten Software-Fehler sind Logikfehler und entstehen bei Entwurf und Spezifikation (ca. 60%). Ein weiterer Anteil ensteht während der Kodierung. Siehe Koch/Schnupp, Software-Recht, 4.7.2.

verdeutlicht *König* auch auf eindrucksvolle Weise, indem er die Behauptung, Software sei praktisch nicht fehlerfrei herstellbar, auf die Herstellung eines Programms bezieht, das für die Fehlerfall - Automatik eines Atomkraftwerkes gedacht ist[78]. Da Programme aus programmtechnischer Hinsicht aber praktisch fehlerfrei hergestellt werden können, ist diese Behauptung lediglich ein Versuch der Softwaregeber, die Verpflichtungen aus Gewährleistungsrechten zu begrenzen[79].

III. Vertragsbeziehungen zwischen Hersteller und Händler einerseits und Händler und Anwender andererseits

Derzeit werden die meisten Softwareverträge zwischen Softwarehändler und Endverbraucher geschlossen. Der Direktverkauf zwischen Hersteller und Anwender stellt die Ausnahme dar. Das Verhältnis Hersteller-Händler-Anwender ist somit als der Regelfall des Vertriebs von Standardsoftware anzusehen. Damit ergibt sich ein Dreipersonenverhältnis, auf das die Herstellerverträge grundsätzlich zugeschnitten sind. Direkte Vertragsbeziehungen bestehen dabei nur zwischen dem Hersteller und Händler auf der einen, und dem Händler und Anwender auf der anderen Seite.

1. Vertrag zwischen Hersteller und Händler

Bei dem ersten Vertrag wird regelmäßig ein "Vertriebsvertrag" vorliegen, bei dem sich der Händler als Vertrags- oder freier Händler verpflichtet, die Software des Herstellers zu erwerben und anschließend in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben[80].

---

[77] Hierbei ist es unerheblich, ob der Aufwand eventuell außer Relation zum Nutzen steht, da ausschließlich dieMöglichkeit der Fehlerfreiheit relevant ist.

[78] König, Das Computerprogramm im Recht, S. 212, Fn. 696.

[79] Müller-Hengstenberg behauptet, daß es im "technisch-wissenschaftlichem Ermessensspielraum" des Programmentwicklers liege, inwieweit er Programme austeste, also auf Fehler untersuche. Müller-Hengstenberg in CR 89, 900, 901.

[80] Vgl. nur Bachofer in CR 1988, 1, 2.

2. Vertrag zwischen Händler und Anwender

Uneinigkeit besteht bei der Beurteilung der Vertragsverhältnisse zwischen dem Händler und dem Anwender. Es wird darüber diskutiert, ob es sich bei dem zwischen dem Händler und dem Anwender geschlossenen Vertrag um einen Kauf- oder einen sogenannten Lizenzvertrag handelt. Dieser Streit liegt darin begründet, daß die Beurteilung von Standardsoftware uneinheitlich ist. Die eine Ansicht, die einen Kaufvertrag annimmt, geht davon aus, daß Software Sacheigenschaft besitzt, die andere, die Vertreter des Lizenzvertrages[81], schreiben der Software Immaterialgütereigenschaft zu. Folglich ist die Qualifizierung des Vertrages davon abhängig, ob Standardsoftware Sach- oder Immaterialgütereigenschaft hat.

a. Standardsoftware als Immaterialgut

Nach der Ansicht einiger Autoren in der Literatur[82] handelt es sich bei Software um ein Immaterialgut, da das Computerprogramm selbst ein geistig erschaffenes Gut sei, das lediglich auf dem körperlichen Gegenstand Diskette oder einem ähnlichen Trägermedium abgespeichert und jederzeit wieder von diesem trennbar sei. Eigentum könne deshalb lediglich an der Trägerdiskette übertragen werden, nicht aber an dem Computerprogramm selbst.

Aus diesem Grund könne es sich bei dem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Händler und Anwender nur um einen Lizenzvertrag handeln, wobei in der Regel Kaufrecht keine Anwendung finden könne[83]. Eine Einschränkung wird nur dann gemacht, wenn der Kunde die Verwertungsrechte weitgehend unwiderruflich übertragen bekäme[84]. In diesem Fall sei ein Kaufvertrag in Betracht zu ziehen. Der Kunde von Standardsoftware hat aber gar kein solch weitgehendes Interesse an der Übertragung der Verwertungsrechte. Alles was er in der Regel will, ist ganz einfach sein Vervielfältigungsstück unwiderruflich nutzen zu dürfen[85], so daß in diesem Bereich diese Ausnahme nicht in

---

[81] Vgl. z.B. Moritz in CR 94, 257ff; Mülller-Hengstenberg in NJW 94, 3128ff.
[82] Vgl. z.B. Moritz in CR 94, 257ff.
[83] Vgl. Moritz in CR 94, 257ff; Mülller-Hengstenberg in NJW 94, 3128ff.
[84] Müller-Hengstenberg in NJW 94, 3128, 3133.
[85] Vgl. Zahrnt in BB 96, 443, 444.

Betracht kommt.

b. Standardsoftware als Sache

Der Ansicht, Software sei als Immaterialgut zu behandeln, wird zumindest im Bereich der Standardsoftware überwiegend widersprochen[86]. Für Standardsoftware sei es typisch, daß der Anwender eine konkrete Verkörperung dieses Programms auf einer Diskette oder einem anderen physikalischen Medium als Träger erwirbt. Das einzelne Vervielfältigungsstück wird also in körperlicher Beschaffenheit übergeben und muß daher als Sache behandelt werden. Auch der BGH qualifiziert Standardsoftware als Sache. In seinem Urteil vom 14.7.1993 hat er ausdrücklich entschieden, daß Standardsoftware als eine bewegliche Sache zu behandeln ist. Wörtlich heißt es:

> „...Der Senat hat, woran festzuhalten ist, bereits mehrfach entschieden, daß eine Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist...“[87].

Einige Autoren wollen dem BGH zwar unterstellen, er vertrete die Ansicht, Standardsoftware sei als immaterielles Gut zu behandeln[88], doch ist dies aufgrund der deutlichen Wortwahl des BGH abzulehnen.

---

[86] BGHZ 102, 135, 145; BGH in NJW 88, 406, 408; BGH in DB 89, 2596; BGH in CR 90, 707, 708; BFH in CR 87, 576, 578, OLG Düsseldorf in CR 90, 122, 124; OLG Karlsruhe in CR 86, 549, 550; OLG Köln in BB 90, Beil. 24, 11;OLG München in CR 88, 130, 131; OLG Stuttgart in CR 89, 692; v. Westphalen in CR 87, 477, 487; Zahrnt in CR 89, 965, 967; ders. in CR 94, 443, 445; Köhler in CR 87, 827, 828ff; König in NJW 90, 1584; Pötzsch in CR 89, 1063, 1065; Pres in CR 94, 520, 522; Engel in BB 85, 1159, 1162f; Bartl in BB 88, 2122, 2123; Seitz in CR 89, 293, 294; Bohlig in CR 86, 126, 128; Dörner/Jersch in IuR 88, 137 141f; Hoeren, Softwareüberlassung, Rz 75f; König in NJW 90, 1584f; ders. in NJW 92, 1731; Kuhlmann in CR 89, 177, 181; Mertens/Cahn in MüKo zu § 2 ProdHaftG, Rz 7; Moser in GRUR 67, 639; Heinrichs in Palandt zu § 90, Rz 1; Köhler R., Der Urheberrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, 75; Kort in CR 90, 171, 174; Lauschke in GRUR 73, 341f; Meier/Wehlau in CR 90, 95, 98f; als "körperliche Ware": Lehmann in NJW 88, 2419, 2422; die für bewegliche Sachen geltenden Regeln zumindest analog anwendbar hält; Heymann in CR 90, 176, 177; von einem "Sachmangel des Programms" spricht Junker in JZ 88, 464, 465; für Standardprogramme KG 5 U5555/87 vom 27.1187 in NJW 88, 2479; FG Baden-Würtemberg in ZfZ 86, 83; Walter in DB 80, 1766f.

[87] BGH in NJW-CoR 93, 24.

[88] So z.B. Moritz in CR 94, 257, 259.

c. Stellungnahme und Zwischenergebnis

Den Vertretern der Ansicht, Standardsoftware sei ein immaterielles Gut, ist zwar insofern zuzustimmen, daß das Computerprogramm selbst grundsätzlich ein geistig erschaffenes Gut ist. Aber das konkrete Computerprogramm, um das es bei dem Erwerb von Standardsoftware geht, ist eine konkrete Verkörperung dieses Programms auf einer Diskette oder einem anderen physikalischen Medium als Träger und kann so als einzelnes Vervielfältigungsstück in körperlicher Beschaffenheit übergeben werden. Jede andere Ansicht würde zu der paradoxen Situation führen, daß auch Bücher, Schallplatten oder Musik-CDs aufgrund der an ihnen bestehenden Urheberrechte nicht als Sache im Sinne des § 90 BGB betrachtet werden dürften und daß der Erwerber kein Eigentum erwerben könnte.

Keine andere Situation liegt beim Erwerb von Standardsoftware vor. Der zur Verwirrung führende Unterschied liegt darin, daß das Computerprogramm gezwungenermaßen auf der Festplatte installiert und in den Arbeitsspeicher geladen werden muß und darüberhinaus die Kopie eines Computerprogramms schnell und einfach durchzuführen ist. Aber genau diese Vorgänge sind durch die §§ 69 ff UrhG geschützt bzw. im Rahmen der bestimmungsgemäßen Nutzung erlaubt. Folglich kann nur das Ergebnis richtig sein, daß Standardsoftware als Sache anzusehen ist.

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß es sich bei dem Vertrag zwischen Händler und Anwender um einen nach § 433 BGB geschlossenen Kaufvertrag handelt, in dessen Folge der Endverbraucher Eigentum an der Standardsoftware übertragen bekommt[89].

---

[89] Siehe statt vieler, Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 143.

IV. Vertrag zwischen Hersteller und Anwender bei Erwerb der Standardsoftware über einen Händler

Die Gründe der Hersteller, vertragliche Beziehungen zu den Anwendern anzustreben, sind vielschichtig. Einerseits wollen sie den Anwendern Nutzungsrechte einräumen, andererseits ist ihnen daran gelegen, die Kunden an ihre Hersteller-Vertragsbedingungen zu binden. Darüberhinaus besteht häufig das Bedürfnis der Hersteller, den Kunden zufriedenzustellen und ihm eine Herstellergarantie zu bieten.

1. Art des Vertrages

Zunächst stellt sich aber die Frage, um welche Art von Vertrag es sich zwischen Hersteller und Anwender überhaupt handelt und ob ein solcher Vertrag Voraussetzung für die Nutzung des Programms ist.

a. Lizenzvertrag

Allgemein werden Verträge, die mit dem Hersteller abgeschlossen werden sollen, als Lizenzverträge bezeichnet und sind in der Softwarebranche in aller Munde. Durch den US-amerikanischen Ursprung des Wortes Lizenz ist dieser Begriff jedoch unklar[90], da er sowohl auf der Ebene der Vertragsbeziehungen zwischen Händler und Anwender wie auch zwischen Anwender und Hersteller gebraucht wird. Wie oben bereits festgestellt, liegt auf der Vertragsebene Händler-Anwender im Bereich der Überlassung von Standardsoftware gegen ein einmaliges Entgelt ein Kaufvertrag vor. Auf der Ebene Hersteller–Anwender ist primär die Einräumung von Nutzungsrechten relevant, die dann durch einen Lizenzvertrag eingeräumt werden können.

Nach Vorstellung der Hersteller soll eine Nutzungsrechtseinräumung aber nur einer der Bestandteile eines Vertrages mit dem Anwender sein. Sie möchten durch vertragliche Beziehungen mit den Käufern der Software eigene Rechte sichern und Rechte des Anwenders beschränken. Das Hauptaugenmerk der

Vereinbarungen zwischen Hersteller und Anwender ist aber zunächst auf die Einräumung von Nutzungsrechten gerichtet, ohne die das Programm eventuell nicht genutzt werden darf.

Wie oben erläutert hat der Anwender aber bereits mit dem Händler einen Kaufvertrag gemäß § 433 BGB geschlossen und ist mit der Übergabe der Software Eigentümer geworden. Nach § 903 Abs. 1 BGB darf der Eigentümer einer Sache mit dieser nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Nach dieser Definition müßte der Anwender folglich alle Rechte an der Software durch die Übereignung übertragen bekommen haben, so daß eine Nutzungsrechtseinräumung nicht erforderlich wäre.

Die Regelung des § 903 Abs. 1 BGB schränkt das absolute Eigentumsrecht aber insofern ein, als der Eigentümer über eine Sache nur bis zu den Grenzen der Rechte Dritter verfahren darf. Genau solche Rechte werden durch das Urheberrecht geschützt. Dies hat zur Folge, daß der Anwender zwar Eigentum erwirbt, er bei Gebrauch der Software die Urheberrechte des Urhebers, d.h. in der Regel des Herstellers, nicht verletzen darf. Zunächst ist deshalb zu untersuchen, welche Rechte der Anwender bereits durch die Übertragung des Eigentums erhält und welche Rechte ihm noch von dem Urheber übertragen werden müssen.

Nach bisheriger Dogmatik war es zwingend, daß jeder, der ein Programm in den Haupt– oder Arbeitsspeicher lud und damit eine Vervielfältigung herstellte, ein Nutzungsrecht iSd §§ 31, 32 UrhG benötigte[91], sofern das Programm urheberrechtlich geschützt war, was zumeist nicht der Fall war. Dieses sollte dem Anwender durch den Lizenzvertrag übertragen werden[92]. Fraglich ist, inwiefern eine vertragliche Übertragung der Nutzungsrechte nach neuem Urheberrecht notwendig ist, und falls dies der Fall ist, ob ein Lizenzvertrag mit dem Hersteller lediglich eine klarstellende Funktion oder weitergehende Rechtsfolgen hat.

Das neue Softwarerecht trifft in § 69 c Nr. 1 UrhG keine ausdrückliche und unmittelbare Entscheidung darüber, ob zum Laden des Programms in den

---

[90] Vgl. hierzu insbesondere Zahrnt in BB 96, 443ff.
[91] Vgl. Zahrnt in CR 94, 455, 456; Moritz/Tybussek, Computersoftware, Rz. 941.

Haupt- bzw. Arbeitsspeicher des Computers, welches dem Lauf und damit der eigentlichen Nutzung des Programms vorausgeht, ein urheberrechtliches Nutzungsrecht erforderlich ist. Nach einhelliger Meinung wird aber jede Installation eines Computerprogramms, d.h. das Laden in den Haupt- oder Arbeitsspeicher, als ein urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungvorgang[93] gemäß §§ 16, 69c Nr. 1 UrhG angesehen und bedarf daher grundsätzlich der Zustimung des Urhebers bzw. Rechtsinhabers. Inbesondere ist hierbei § 69 d Abs. 1 UrhG von Bedeutung. Nach dieser Bestimmung bedürfen alle Vervielfältigungs- und Bearbeitungshandlungen iSd § 69 c Nr. 1 und 2 UrhG nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für die bestimmungsgemäße Benutzung eines Computerprogramms notwendig sind.

Desweiteren ist es dem berechtigten Nutzer erlaubt, eine Sicherungskopie anzufertigen, wenn dies für die Sicherung der künftigen Benutzung des Programms erforderlich ist, den korrekten Ablauf seines Programms zu beobachten, zu untersuchen oder zu testen, solange diese Handlung beim Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern durchgeführt werden können. Der Anwender darf Fehler gemäß § 69 d Abs. 1 UrhG , der gem. § 69 g Abs. 2 UrhG zwar kein zwingendes Recht darstellt, aber gleichwohl einen „zwingenden Kern“ enthält, berichtigen. Zum Zweck der Herstellung der Interoperabilität ist darüberhinaus jeder Nutzer befugt, unter sehr engen Voraussetzungen das Programm zu dekompilieren[94].

Mit dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung ist grundsätzlich ein Rückgriff auf die §§ 31 ff UrhG nicht mehr notwendig[95]. Mit dem Abschluß des Kaufvertrags werden dem Anwender die Nutzungsrechte zum bestimmungsgemäßen Gebrauch konkludent aufgrund der bestehenden Gesetzeslage mitübertragen. Geht es um die Einräumung darüberhinausgehender Rechte, bedarf es einer Nutzungsrechtseinräumung nach §§ 31 ff UrhG iVm §§ 16, 69 c Nr 1 und 2 UrhG, da diese der ausdrücklichen Zustimmung, d.h. der Einräumung des Rechtsinhabers nach

---

[92] Ebenda.
[93] BGH in CR 94, 275, 276, Pres in CR 94, 520, 521, Harte-Bavendamm in Kilian/Heussen, CRHdB 54, 61; Vinck in Fromm/Nordemann zu § 16 Rz. 1.
[94] Vgl. Zahrnt in CR 94, 455, 456.
[95] Vgl. Zahrnt, CR 94, 455, 456.

§ 69 c UrhG bedürfen[96].

Dogmatisch gesehen beinhaltet also die Überlassung eines Vervielfältigungsstücks den Verzicht auf das Untersagungsrecht nach § 69 c UrhG im Umfang der bestimmungsgemäßen Nutzung. Die Vorgänge in den Grenzen der bestimmungsgemäßen Nutzung dürfen folglich auch nicht durch AGB untersagt werden. Mit dieser gesetzlichen Regelung erübrigt sich auch die im Rahmen der alten Gesetzeslage geführten Diskussion, ob das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher sowie der Programmlauf eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG darstellt[97]. Nach der neuen Gesetzeslage stellt das Laden bzw. Installieren eine Vervielfältigung dar, die aber nicht der Zustimmung bedarf, soweit diese sich im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs bewegt.

Ein Zweitvertrag, d.h. ein Lizenzvertrag zwischen dem Softwarehersteller und dem Anwender ist somit keine Voraussetzung, um das Programm auf der Erwerberseite auch bestimmungsgemäß nutzen zu können, sondern kann nur klarstellende Funktion haben. Folglich besteht auch ohne Abschluß eines Lizenzvertrags ein Nutzungsrecht für den bestimmungsgemäßen Gebrauch. Für Nutzungsrechte außerhalb dieser in § 69 d UrhG bestimmten Rechte, wie beispielsweise das Recht des "reverse engineerings" oder "Dekompilierens", ist allerdings gemäß § 69 c UrhG die Erteilung eines ausdrücklichen Nutzungsrechts vonnöten.

Die Urheberrechtsnovelle von 1993 hat somit einen gerechten Ausgleich zwischen Anwender und Hersteller geschaffen. Zugunsten des Herstellers sichert das Gesetz ausdrücklich und detailliert die Urheberrechte[98], zum Ausgleich werden dem rechtmäßigen Nutzer aber bereits mit Abschluß des Kaufvertrages mit dem Händler die Rechte eingeräumt, um die Standardsoftware bestimmungsgemäß nutzen zu können[99]:

---

[96] Lehmann, Anmerkungen zur BGH-Entscheidung vom 20.1.1994 in CR 94, 279.

[97] Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 109.

[98] Seit der Urheberrechtsnovelle von 1993 ist – wie bereits oben erörtert – davon auszugehen, daß der größte Teil der Computerprogramme urheberrechtlich geschützt ist. Dies gilt nicht nur für neue Programme, sondern auch für alle alten aufgrund der retroaktiven, positiven Rückwirkung des neuen § 137 d UrhG.

[99] Lehmann in NJW 1993, 1822ff

Das Bedürfnis des Herstellers, eine vertragliche Beziehung zum Anwender herzustellen, bleibt aber weiterhin bestehen, um diesen an seine sonstigen Vertragsbedingungen binden zu können und um Rechte und Pflichten der Anwender tatsächlich zu manifestieren.

Für eine vertragliche Beziehung zwischen Hersteller und Anwender sind zwei Möglichkeiten denkbar. Zum einen könnten vertragliche Beziehungen bei Abschluß des Vertrages mit dem Händler entstehen. Voraussetzung hierfür ist, daß die Vertragsbedingungen des Hersteller als AGB wirksam in den Vertrag miteinbezogen werden. Auf diese Weise könnte anstelle eines Kaufvertrages ein Lizenzvertrag zustande kommen, wobei dann die Einräumung des Eigentums an der Software unterbleiben würde.

Die andere Möglichkeit wäre, daß der Anwender neben dem Kaufvertrag mit dem Händler einen Lizenzvertrag mit dem Hersteller abschließt. Als problematisch erweist sich hierbei, daß in einem solchen Fall der Lizenzvertrag in der Regel zeitlich nach dem Kaufvertrag abgeschlossen würde, so daß sich Bestimmungen des Kaufvertrages und des Lizenzvertrages, wie beispielsweise die Eigentümerstellung, widersprechen könnten. An diesem Punkt hilft auch die Ansicht von *Bartsch* nicht weiter, der zwischen der schuldrechtlichen Ebene des Kaufvertrages und der dinglichen des Lizenzvertrages trennt. Durch den Kaufvertrag erhalte der Anwender einen Anspruch auf die Übertragung der Nutzungsrechte durch den Hersteller, die durch den Lizenzvertrag dann übertragen würden[100]. Solange es tatsächlich nur um die Einräumung von Nutzungsrechten geht, ist gegen diese Ansicht auch nichts einzuwenden. Bei Regelungen aber, die die Eigentümerstellung des Käufers beschränken, ist die Einhaltung der geforderten Billigkeit anzuzweifeln, da mit Abschluß des Kaufvertrages der Anspruch des Käufers gemäß § 433 Abs. 1, S. 1 BGB entsteht, das Eigentum nach §§ 929 BGB verschafft zu bekommen. Mit der Übergabe der Software durch den Händler bekommt er dieses grundsätzliche Nutzungsrecht auch eingeräumt. Im Falle eines nachträglichen Vertragsabschlusses mit dem Hersteller in Form eines Lizenzvertrages, in dem der Hersteller sich ausdrücklich seine Eigentümerstellung vorbehält, würde dem Anwender seine bereits erlangte Eigentümerstellung nachträglich durch eine schuldrechtliche

---

[100] Bartsch in CR 92, 393, 394; Zahrnt in BB 96, 443ff.

Vereinbarung wieder entzogen werden.

b. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß Herstellerverträge als Lizenzverträge gemäß §§ 31, 32, i.V.m. §§ 16 Abs. 1, 69 c Nr. 1 und 2 UrhG[101] ausgestaltet sind, wenn die Nutzungsrechtseinräumung über die der bestimmungsgemäßen Nutzung hinausgeht, wobei hierdurch die bestimmungsgemäße Nutzung nicht eingeschränkt werden kann und darf, es sei denn freiwillig durch Individualabrede.

Unabhängig von dieser Frage steht dem Anwender in jedem Fall ein Nutzungsrecht zu. Da es sich bei der Überlassung von Software zwischen Händler und Anwender regelmäßig um einen Kaufvertrag handelt[102], kann der Anwender als neuer Eigentümer des Programms mit diesem nach Belieben[103] im Rahmen der gesetzlichen Regeln verfahren.

Ein Zweitvertrag zwischen dem Softwarehersteller und dem Anwender ist somit keine Voraussetzung, um das Programm auf der Erwerberseite auch bestimmungsgemäß nutzen zu können. Lediglich die Vereinbarung weiterer Vertragsbedingungen, wie beispielsweise Haftungsbeschränkungen, kann hierdurch begründet werden, d.h., diese gelten nur, wenn entsprechende Verträge wirksam zustande kommen.

2. Zustandekommen von Schutzhüllenverträgen

Ob und wie ein Herstellervertrag zustande kommt, muß im folgenden geklärt werden. Wie bei allen anderen Verträgen auch, bedarf es für den wirksamen Vertragsschluß eines Herstellervertrages zweier übereinstimmender Willenserklärungen der Vertragsparteien, dem Angebot und der Annahme gemäß §§ 145 ff BGB.

---

[101] Sofern man mit der h.M. beim Laden in den Arbeitsspeicher von einer urheberrechtlichen Vervielfältigung ausgeht.
[102] Siehe oben, III. 2.
[103] § 903 BGB.

Für die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen Hersteller und Anwender bei Erwerb der Software über einen Händler sind mehrere Möglichkeiten denkbar. Zunächst kann sich der Hersteller der Hilfe des Händlers bedienen, indem die Vertragsbeziehungen zwischen Hersteller und Anwender in den Kaufvertrag integriert werden, der Händler in seinen AGB auf die des Herstellers verweist oder der Händler als Stellvertreter für den Hersteller fungiert. Die momentan aber wohl am meisten praktizierte Methode ist die des Abschlusses eines selbständigen Vertrages zwischen Hersteller und Anwender in Form eines Schutzhüllenvertrages, eines Gebrauchsvertrages oder über Registrierkartenvereinbarungen. Bezieht der Anwender die Software direkt vom Hersteller, liegt ein direkter Vertragsschluß vor, der im anschließenden Abschnitt erläutert wird. Inwiefern diese Verträge Gültigkeit haben soll im folgenden geklärt werden.

a. Vertragsschluß unter Mitwirkung des Händlers

Zunächst sollen die Möglichkeiten des Vertragsabschlusses unter der Mitwirkung des Händlers erörtert werden. Zum einen könnten Vertragsbeziehungen zwischen dem Hersteller und dem Anwender entstehen, indem die Vertragsbeziehungen zwischen Hersteller und Anwender in den Kaufvertrag integriert werden. Des weiteren besteht die Möglichkeit, daß der Händler in seinen AGB auf die des Herstellers verweist oder der Händler als Stellvertreter für den Hersteller fungiert.

aa. Einbeziehung der AGB der Hersteller in den Kaufvertrag

Zunächst wird die Alternative erörtert, daß der Vertrag zwischen dem Softwarehändler und dem Anwender mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herstellers geschlossen wird. Daß es sich bei den regelmäßig bei Standardsoftware mitgelieferten Beschränkungen[104] grundsätzlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG handelt, kann unproblematisch angenommen werden. Eine wesentlich

---

[104] Auch bei denen, die in der Folie eingeschweißt sind.

wichtigere Frage ist, ob diese Bedingungen gemäß § 2 AGBG in den Vertrag einbezogen sind. Dies ist dann gegeben, wenn der Verwender der AGB bei Vertragsschluß die andere Vertragspartei hierauf hingewiesen und diesem die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft hat, wobei die Erwerberseite mit der Geltung des Inhalts einverstanden sein muß.

Die Einbeziehung erfordert grundsätzlich einen ausdrücklichen Hinweis des Verwenders auf die AGB[105]. Dabei ist ein ausdrücklicher Hinweis dann gegeben, wenn er so gestaltet und angeordnet ist, daß ein Durchschnittskunde ihn selbst bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen kann[106]. Die bloße Aushändigung der Bedingungen ist nur in den Fällen ausreichend, in denen sich die offene Übergabe der AGB der anderen Vertragspartei bei Vertragsabschluß als Einbeziehungswille des Verwenders eindeutig aufdrängen muß[107]. Der Hinweis muß sich auch auf einen bestimmten Vertrag und auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen, wobei der Hinweis auch grundsätzlich in der Verhandlungssprache zu erfolgen hat[108], was in Deutschland bei amerikanischer Software häufig aber nicht der Fall ist. Beim Kauf von Standardsoftware muß der Käufer also ausdrücklich vor Vertragsschluß darauf hingewiesen werden, daß AGB zur Anwendung gelangen sollen.

Ein solcher Hinweis könnte auch im Angebot des Verkäufers zum Abschluß des Vertrages mit dem Anwender liegen. Dies läßt sich durch eine Auslegung des Angebots des Verkäufers ermitteln. Bei der Ermittlung des Inhalts des Angebots ist auf die Lage des Erklärungsempfängers abzustellen, weil die Erklärung an ihn gerichtet ist[109]. Der Inhalt der Erklärung ist dabei nicht der, den der Empfänger tatsächlich verstanden hat, sondern der, den er verstehen durfte[110]. Für die Bestimmung der Erklärung ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, auf die den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung und die Grundsätze von Treu und Glauben abzustellen[111]. Übersetzt bedeutet

---

[105] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 7; Mehrings in NJW 93, 3108.
[106] OLG Frankfurt in DB 1981, 884; Heinrichs in Palandt zu § 2 AGBG, Rz. 5.
[107] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 15.
[108] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 10.
[109] Schwab, Zivilrecht, Rz. 96
[110] Schwab, Zivilrecht, Rz. 96; BGH in NJW 84, 721; Musielak, BGB, Rz. 86; Heinrichs in Palandt zu § 133, Rz. 9.
[111] Musielak, BGB, Rz. 86.

dies, daß der Kunde die Erklärung nicht frei interpretieren darf, sondern in zumutbarem Maße gehalten ist, über Zweifel nachzudenken. Nach §§ 133, 157 BGB[112] ist bei der Erforschung der Erklärung der wirkliche Wille und nicht der buchstäbliche Sinn der Erklärung relevant.

Wenn ein Kunde in ein Ladengeschäft geht, um dort eine Ware zu kaufen, und der Verkäufer ihm diese Ware zu einem bestimmten Preis anbietet, ohne dabei irgendwelche weiteren Äußerungen abzugeben, gelangt der Kunde auch mit der größten Anstrengung nicht zu der Überzeugung, es sollen noch Nebenabreden zu diesem Kaufvertrag im Angebot des Verkäufers enthalten sein. Auch die Lebenserfahrung, daß häufig irgendwelche Beschränkungen vorliegen können, ändert daran nichts. Für die Auslegung des Angebotes ist nur der jeweilige Einzelfall, nicht jedoch eine grundsätzliche Erwägung ausschlaggebend. Damit bleibt festzuhalten, daß der Verkäufer, sofern er keine weiteren Erklärungen abgibt, nur ein Angebot zum Abschluß eines unbedingten Kaufvertrages abgibt. Damit ist der Verkäufer, da die Annahme dieses Angebotes durch ein einfaches "ja" erklärt werden kann, auch gemäß § 145 BGB an den Antrag auf Abschluß eines nicht beschränkten Kaufvertrages gebunden.

Auch der Ausnahme vom Grundsatz des ausdrücklichen Hinweises, einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses anzubringen, wird wenig Bedeutung zukommen können. Die Voraussetzung hierfür ist das Bestehen unverhältnismäßiger Schwierigkeiten[113] eines Hinweises. Beim Kauf im Ladengeschäft wird dies aber regelmäßig nicht vorliegen.

Darüberhinaus ist eine solche Vorgehensweise auch nicht mit den Interessen des Händlers vereinbar, ebensowenig mit denen des Herstellers. Der Softwarehändler entwirft und verwendet gerade deshalb AGB, um alle von ihm vertriebenen Produkte einer einheitlichen Vertragsabwicklung zu unterwerfen. Der Einbezug der jeweiligen Hersteller-AGB würde für ihn zu einem unüberschaubaren Unterfangen ausufern, da er im Einzelfall selbst nicht mehr

---

[112] Obwohl § 157 BGB vom Wortlaut her nur für die Auslegung von Verträgen und nicht von Willenserklärungen anzuwenden ist, können §§ 133, 157 BGB nicht sinnvoll voneinander getrennt werden. Diese Normen gehen vielmehr ineinander über und sind nebeneinander anzuwenden. Siehe nur Heinrichs in Palandt zu § 133, Rz. 2.

wissen kann, was durch die teilweise auch immer wieder neu veränderten Bedingungen vereinbart wurde. Eine solche Unpraktikabilität läßt diesen Ansatz bereits aufgrund eigener Interessen des Softwarehändlers aus dem Bereich der praktischen Realität verschwinden.

Andererseits würden sich auch enorme Probleme für den Softwarehersteller ergeben. Dieser wäre von der Bereitschaft zur Klageerhebung und der finanziellen Situation des einzelnen Händlers abhängig, wenn ein Verstoß des Anwenders gegen die Nutzungsbedingungen festgestellt werden sollte. Da der Händler aber kein wirkliches Eigeninteresse an der Durchsetzung etwaiger Beschränkungen der Softwarenutzung hat, dürfte er zumeist geneigt sein, eventuelle Verletzungen hinzunehmen. Damit sind dann auch die Interessen des Softwareherstellers nicht mehr gewahrt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß mangels ausreichenden Hinweises auf die AGB durch die Annahme des Kunden und aufgrund der Unpraktikabilität ein Kaufvertrag über die Software ohne wirksame Einbeziehung der Hersteller-AGB zustande kommt.

bb. Verweis in den AGB des Händlers auf einen Vertragsschluß mit dem Hersteller

Hierbei besteht die Möglichkeit, im Rahmen der AGB des Softwarehändlers darauf hinzuweisen, daß der eigentliche Vertragsschluß zwischen dem jeweiligen Hersteller der Software und dem Kunden geschlossen wird.

Selbst wenn die AGB ordnungsgemäß in den Vertrag einbezogen sein sollten, muß davon ausgegangen werden, daß eine solche Klausel sowohl gegen § 3 AGBG verstößt, weil sie sowohl überraschend ist, als auch nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unangemessen wäre, da sie einer Eigenleistung des Softwarehändlers entgegenliefe. Zu diesem Ergebnis gelangt bereits die allgemeine Meinung in den ähnlich gelagerten Fällen der sogenannten Vermittlerklauseln im Reisevertragsrecht[114]. Daher braucht der Kunde ohne

---

[113] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 18.
[114] Siehe nur Wolf in W/H/L, § 9, Rz. R 59; BGH in NJW 80, 2192.

einen ausdrücklichen Hinweis des Softwarehändlers nicht davon auszugehen, eine vertragliche Bindung mit dem Softwarehersteller zu begründen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß ein Verweis in den AGB des Händlers auf einen Vetragsschluß mit dem Hersteller nicht geeignet ist, um zu einem Vertragsabschluß zwischen Hersteller und Anwender zu gelangen.

cc. Vertragsschluß über Stellverteter

Als nächste Möglichkeit des Vertragsschlusses kommt der Abschluß über Stellvertreter in Betracht, wobei der Händler als Vertreter der Herstellers fungieren soll. Ein Vertrag zwischen dem Anwender und dem Softwarehersteller kann selbst dann zustandekommen, wenn auch auf der Seite des Anwenders ein Vertreter handelt. Eine Bindung an den Vertrag ergibt sich dann durch die Erklärungen der jeweiligen Vertreter. Da der Anwender in den meisten Fällen die Programme, nicht zuletzt um sich noch Details erklären zu lassen, selbst erwirbt, soll die Prüfung der Stellvertretung hier auf die Verkäuferseite beschränkt bleiben. Auf Seiten des Käufers ergeben sich regelmäßig keine erwähnenswerten Besonderheiten im Bereich der Standardsoftware.

Ein Vertrag zwischen dem Softwarehersteller und dem Anwender kann dann zustande kommen, wenn der Softwarehändler einen Vertrag im Namen des Softwareherstellers abschließt. Damit die vom Softwarehändler getätigte Willenserklärung für den Softwarehersteller wirkt, muß diese Erklärung im Rahmen der dem Händler zustehenden Vertretungsmacht abgegeben worden sein (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies kann zwischen dem Hersteller und dem Händler unproblematisch vereinbart werden, wenn damit das eigentlich gewünschte Ziel, Bindung des Anwenders an die Bedingungen des Herstellers, erzielt werden kann.

Problematischer stellt sich in der Praxis jedoch die entsprechende Mitteilung an den Kunden dar, daß der Händler für den Softwarehersteller auftritt. Diese Mitteilung an den Kunden ist aber Voraussetzung, damit im Einzelfall auch der Grundsatz der Offenkundigkeit gewahrt ist. Das Stellvertretungsrecht ist am

Offenkundigkeitsgrundsatz orientiert[115]. Danach tritt die Wirkung einer Willenserklärung für einen Dritten nur ein, wenn der Vertreter die andere Partei darauf aufmerksam macht, für einen Dritten zu handeln[116]. Dies führt dazu, daß nur der erklärte, oder sich aus den Umständen ergebende Wille in fremden Namen handeln zu wollen, den Vertretenen verpflichten und berechtigen kann[117]. Dieser Schutz dient dazu, den Geschäftspartner nicht im Unklaren zu lassen, mit wem er ein Rechtsverhältnis begründet[118]. Um zu einem Vertragsschluß zwischen Softwarehersteller und Anwender zu gelangen, muß sich aus der Erklärung des Softwarehändlers ergeben, daß das Geschäft nicht als eigenes, sondern als fremdes gewollt ist[119]. Dabei muß der Softwarehändler zwar nicht ausdrücklich erklären, für den Hersteller als Vertretenem zu handeln, sondern es ist bereits ausreichend, wenn es sich aus den Umständen des gesamten Falles ergibt, daß er für diesen tätig wird[120]. Für die Auslegung, ob es sich um ein Eigen- oder Fremdgeschäft handelt, gelten die §§ 133, 157 BGB[121].

Auf die Überlassung von Software bezogen liegen regelmäßig keine Umstände vor, die einen Fremdgeschäftsführungswillen des Softwarehändlers indizieren. Die Händler firmieren unter eigenem Namen und vertreiben die Software-Produkte mehrerer verschiedener Anbieter aufgrund eigener wirtschaftlicher Interessen. Wenn sich der Kunde dann in ein solches Ladengeschäft begibt, bestehen keine weiteren Anhaltspunkte dafür, daß der Händler in fremdem Namen tätig werden will[122]. Daß er Produkte verkauft, die von einem unabhängigen Hersteller stammen, reicht jedenfalls nicht für die Annahme eines Fremdgeschäftswillens aus. Der Verkauf fertiger Waren eines unabhängigen Herstellers ist nämlich die übliche Praxis eines jeden

---

[115] Brehm, BGB AT, Rz. 440; Heinrichs in Palandt, vor § 164, Rz. 2, mit der Bezeichnung Offenheitsgrundsatz; Musielak, Rz. 709; Schilken in Staudinger, Vorb. zu § 164, Rz. 35 ; Thiele in MüKo, § 164, Rz. 15, -alle Offenheitsprinzip-.

[116] Heinrichs in Palandt zu § 164, Rz. 1.

[117] Brehm, BGB AT, Rz. 440.

[118] Brehm, BGB AT, Rz. 440.

[119] Schwab, Zivilrecht, Rz. 49 .

[120] Dabei ist es grundsätzlich ausreichend, wenn der Vertretene nur bestimmbar, und nicht bereits ausdrücklich genannt ist. Sofern der Händler angibt, für den Hersteller der Software handeln zu wollen, muß nicht die tatsächliche Benennung des Namens erfolgen. Die Person des dann Vertretenen ist zumindest bestimmbar, Heinrichs in Palandt zu § 164, Rz. 1; BGH in WM 85, 451.

[121] Heinrichs in Palandt zu § 164, Rz. 4.

[122] Siehe zum Beispiel Einzelfälle, in denen eine Fremdgeschäftswille angenommen wurde: Heinrichs in Palandt zu § 164, Rz. 5.

Einzelhändlers, der diese Waren nur erwirbt, um sie mit einem entsprechenden Aufpreis zu vertreiben. Alleine die Tatsache, daß das Produkt Software für viele Anwender nicht richtig "greifbar" ist, gebietet keine andere, von dem Kauf anderer Sachen abweichende Bewertung. Auch kann bei der Überlassung von Software nicht von einem "Geschäft für den es angeht" ausgegangen werden, bei dem ausnahmsweise mit der h.M.[123] der Offenkundigkeitsgrundsatz durchbrochen werden kann. Dann müßte dem Geschäftspartner die Person seines Vertragspartners gleichgültig sein[124]. Zumindest dem Anwender ist sehr daran gelegen zu wissen, an wen er spätere Gewährleistungsansprüche zu richten hat, so daß von einer Gleichgültigkeit des Vertragspartners zumindest auf Seiten des Anwenders nicht ausgegangen werden kann.

Ist allerdings ein Hinweis auf die vertragliche Bindung mit dem Softwarehersteller ausdrücklich und zweifelsfrei im Rahmen einer wirksamen Vertretungsmacht erfolgt, kommt auch eine direkte und unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen dem Anwender und dem Hersteller der Software zustande. Nicht verständlich ist insofern die Ansicht von *Marly*[125], nach der ein solches Vorgehen kritisch zu beurteilen sei. Hierbei handelt es sich um ein täglich auftretendes Problem der Stellvertretung im Geschäftsleben gemäß den §§ 164 ff BGB, bei dem der Geschäftsherr nicht in der Lage ist, sämtliche Verträge persönlich abzuschließen.

In jedem Fall liegt die Beweislast auf Seiten dessen, der ein Vertretergeschäft behauptet[126]. Dies wird grundsätzlich der Softwarehändler oder der Softwarehersteller sein. Daher ist diesen nur zu raten, sich vom Kunden ausdrücklich bestätigen zu lassen, daß auch der Softwarehersteller vertragliche Beziehungen eingegangen ist. In einem solchen Fall läge dann eine direkte vertragliche Beziehung zwischen Softwarehersteller und Anwender vor, in dem der Umfang der Nutzungsrechte ausdrücklich geregelt ist.

---

[123] Köhler, BGB, § 18 II 3; Leptien in Soergel, vor § 164, Rz. 35; Jauernig zu § 164, Anm. 3 a bb; Müller in JZ 1982, 777 m.w.N.
[124] Brehm, BGB AT, Rz. 445.
[125] Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 324.
[126] Heinrichs in Palandt zu § 164, Rz. 18.

Somit kann als Ergebnis zusammenfassend festgehalten werden, daß in der Regel die Umstände eines Softwarekaufs bei einem Händler nicht dazu geeignet sind, einen Fremdgeschäftswillen und einen Vertragsschluß des Anwenders mit dem Softwarehersteller zu bejahen[127], es sei denn es lag tatsächlich ein ausdrücklicher Hinweis vor zur Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips. Untermauert wird diese Annahme auch durch die gesetzliche Auslegungsregelung des § 164 Abs. 2 BGB, wonach der nicht erkennbare Wille für einen anderen zu handeln, zu der Annahme eines eigenen Geschäfts der Vertragsparteien führt.

dd. Zwischenergebnis

Eine vertragliche Bindung über die Einbeziehung der Hersteller-AGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Käufer ausnahmsweise ausdrücklich darauf hinweist, daß die AGB des Herstellers Bestandteil des Kaufvertrags werden. Sollte eine wirksame Stellvertretung vorliegen, schließt der Händler als Stellvertreter des Herstellers den Vertrag mit dem Anwender ab. Diese beiden möglichen Fälle kommen aber kaum vor. In der Regel kommt durch die Mitwirkung des Händlers kein Vertrag zwischen Hersteller und Anwender zustande.

b. Selbständiger Vertrag

Die derzeit von den Softwareherstellern bevorzugte Methode ist wohl auch deshalb die des selbständigen Vertrages zwischen ihnen und dem Anwender. Durch diesen Vertrag möchten die Hersteller den Anwender an die jeweils aufgestellten Bedingungen binden.

Derartige selbständige Verträge gibt es auch außerhalb der Softwarebranche. Wie oben bereits erwähnt[128], benutzen verschiedene Hersteller sogenannte Garantiekarten, um einen selbständigen Vertrag mit den Endverbrauchern zu

---

[127] Zwar gibt es einige Ausnahmen dieser Regelung, wie zum Beispiel den unbenannten oder unbekannten Vertretenen -siehe nur Brehm, BGB AT, Rz. 441-, aber diese Fallkonstellation liegt hier nicht vor.

[128] Siehe oben I 3.

schließen. Nach überwiegender Meinung handelt es sich bei solchen Vereinbarungen um selbständige Verträge zwischen Hersteller und Endverbraucher[129]. Der Vertragsschluß erfolgt durch die stillschweigende Annahme durch den Kunden[130] auf das Angebot des Herstellers, wobei der Händler als Bote des Herstellers in Bezug auf diesen Vertrag fungiert[131], indem er die Folie mit den innenliegenden Bedingungen übergibt. Grundsätzlich besteht also die Möglichkeit, einen selbständigen Vertrag zwischen Hersteller und Anwender zu schließen, wobei die Problematik des fehlenden Kontakts zwischend den Parteien für Softwarehersteller identisch ist.

Der Unterschied liegt jedoch darin, daß die Hersteller von Computerprogrammen nicht das Ziel der Erweiterung der Garantie verfolgen, sondern ihr Interesse auf den Abschluß eines zusätzlichen Vertrags zwischen sich und dem Kunden verfolgen, in denen weitere Bedingungen auch zu Lasten des Anwenders wirksam werden sollen. Der Vertragsschluß kann auf mehrere Weisen erfolgen. Zunächst wäre ein Vertagsschluß durch einen Hinweis in den AGB der Händlers denkbar. Dieser könnte aber auch als Stellvertreter für den Hersteller fungieren. Die weitaus üblicheren Praktiken einen Vertrag mit den Anwendern abzuschließen, sieht momentan aber so aus, daß die Hersteller im Vorhandensein ihrer beiliegenden AGB ein im Vorfeld an einen unbestimmten Personenkreis abgegebenes Angebot sehen[132]. Die Annahme des Vertrages soll dann durch das Aufreißen der Schutzhülle (Schutzhüllenvertrag), bzw. die Ingebrauchnahme der Software (Gebrauchsvertrag) oder die Rücksendung der Registrierkarte (Registrierkartenvertrag) erfolgen.

Obwohl grundsätzlich ein Vertragsangebot in der Regel an einen bestimmten Empfänger gerichtet wird[133], mit dem der Anbietende den Vertrag abzuschließen wünscht, ist es allgemein anerkannt, ein Angebot an einen

---

[129] BGH in NJW 88, 1726, 1727; BGH in NJW 85, 623, 626; BGH in NJW 81, 275, 276; Putzo in Palandt, Vorb. vor § 459, Rz. 31; Wolf in W/H/L zu § 11 Nr. 10a, Rz. 6.
[130] BGH in NJW 88, 1726, 1727.
[131] BGH in NJW 88, 1726, 1727; Bullinger in NJW 79, 2555.
[132] Offerte ad incertam personam; siehe nur Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 406; Schneider, Softwareverträge, Seite 198.
[133] Heinrichs in Palandt zu § 145, Rz. 1.

unbestimmten Personenkreis mit der Maßgabe richten zu können, daß es jedem gegenüber gelten soll, der es annehmen werde[134]. Die Annahme erfolgt in diesen Fällen nicht notwendigerweise durch eine Erklärung gegenüber dem, der das Angebot abgegeben hat, sondern durch eine entsprechende Willensbetätigung[135] des Annehmenden.

Ob bei den Softwareherstellerverträgen die Annahme eines solchen Angebots vorliegt, und welche Rechtsfolgen ggf. aus dem entsprechenden Ergebnis resultieren, stellt sich als Kernfrage dieser Arbeit dar. Im Falle des Schutzhüllenvertrages ist zwar der Zugang einer solchen Willenserklärung beim Hersteller gemäß § 151 Satz 1 BGB entbehrlich, dies ändert aber nichts daran, daß es sich bei dem Aufschneiden bzw. Öffnen der Folie sowie dem Gebrauch eines Programmes durch den Anwender um eine Willenserklärung, gerichtet auf die rechtliche Annahme eines Angebotes, handeln muß. Für den Gebrauchsvertrag gilt das gleiche, wobei hier die Willenserklärung durch die erstmalige Nutzung der Software erfolgt. Die Frage, ob eine Annahme des Angebotes vorliegt, ist für die unterschiedlichen Arten der einzelnen Herstellerverträge gesondert zu untersuchen.

aa. Schutzhüllenverträge

Die in der Praxis am weitesten verbreitete Variante der Herstellerverträge ist die des Schutzhüllenvertrages. Die Annahme des Angebotes zum Abschluß eines Schutzhüllenvertrages soll nach dem Willen der Hersteller alleine durch das Aufreißen oder Aufschneiden der die Diskette umgebenden Folie manifestiert werden. Dieser physikalische Akt kann von verschiedenen Personen ausgeführt werden. In Betracht kommen der Anwender selbst, der Händler oder ein Vertreter des Anwenders. Welche rechtlichen Bedeutungen diesen Handlungen jeweils zukommt wird im folgenden geklärt.

---

[134] Larenz, BGB AT, § 27 I 1 a; Brehm, BGB AT, Rz. 514.
[135] Larenz, a.a.O.

aaa. Öffnen der Folie durch den Anwender

In den meisten Fällen wird es der Käufer als Anwender sein, der die Folie selbst öffnet. Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei dieser Handlung um die Annahme eines vom Hersteller abgegebenen Angebotes zum Vertragsschluß handelt. Die Annahme eines Angebotes erfolgt durch eine Willenserklärung. Eine Willenserklärung ist die private[136] Äußerung eines auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens[137]. Die Rechtsfolge tritt deshalb ein, weil sie gewollt ist[138]. Folglich muß die Willenserklärung in irgendeiner Art und Weise erklärt werden. Unproblematisch ist der Fall der ausdrücklichen Willenserklärung, bei der der Erklärende expressis verbis seinem Willen Ausdruck verleiht. Neben der ausdrücklichen Willenserklärung ist es allgemein anerkannt, daß auch ein bestimmtes Verhalten, in Form einer konkludenten Willenserklärung, zur selben Rechtsfolge führt[139]. Diese Gleichsetzung ist schon alleine deshalb gerechtfertigt, da zwischen diesen beiden Erklärungstypen in vielen Fällen nicht eindeutig und geradlinig getrennt werden kann [140].

Selbst bei einer ausdrücklichen Willenserklärung ist nicht nur die wörtliche Erklärung relevant. Die Interpretation erfolgt unter Einbeziehung sämtlicher zugrundeliegender Umstände im Sinne der §§ 133, 157 BGB[141] . Ein anschauliches Beispiel für die Auslegung einer Willenserklärung entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut ergibt sich anhand des allgemein anerkannten Grundsatzes der "falsa demonstratio non nocet"[142], wobei die ausdrückliche Äußerung dann unbeachtlich sein soll.

Zur Auslegungsproblematik des Öffnens einer Folie im Sinne eines Schutzhüllenvertrages als konkludente Willenserklärung gibt es derzeit

---

[136] Brehm, BGB AT, Rz. 91 und 125; Motive I, Seite 126.
[137] Brox, BGB AT, Rz. 81.
[138] Brehm, a.a.O.
[139] Kramer in MüKo, vor § 116, Rz. 22 m.w.N.
[140] Ebenda.
[141] Obwohl § 157 BGB vom Wortlaut her nur für die Auslegung von Verträgen und nicht von Willenserklärungen anzuwenden ist, können §§ 133, 157 BGB nicht sinnvoll voneinander getrennt werden. Diese Normen gehen vielmehr ineinander über und sind nebeneinander anzuwenden. Siehe nur Heinrichs in Palandt, § 133, Rz. 2.
[142] Kramer in MüKo zu § 119, Rz. 47.

ersichtlich lediglich zwei gerichtliche Entscheidungen, die kurz die Gültigkeit bzw. Nicht-Gültigkeit solcher Verträge erwähnen. Das *OLG Stuttgart* nimmt ohne jedwede Begründung an, daß beim Aufreißen der die Software umgebenen Schutzhülle ein Vertragsangebot angenommen wird[143] und wendet sich somit gegen die Ansicht der Vorinstanz, dem *LG Stuttgart*[144], das den Schutzhüllenvertrag, ebenfalls ohne Begründung, für unwirksam gehalten hatte.

Zur Begründung wird in der Entscheidung ausschließlich Bezug auf Meinungen in der Literatur[145] genommen, ohne selbst eine eigene Stellung zu beziehen. *Moritz und Tybussek* gelangen in ihren Ausführungen zu diesem Problemkreis zu der Erkenntnis, daß dem Aufreißen der Schutzhülle die Bedeutung der Annahmeerklärung beigelegt werden kann[146]. Leider fehlt bereits dort jegliche Begründung, wie dieses Ergebnis dogmatisch einwandfrei nach geltendem Recht erzielt werden kann. Vielmehr wird ein tatsächlich nicht gegebener Sachverhalt unterstellt und daraus wird eine einseitige, hersteller-orientierte Schlußfolgerung gezogen.

Die Autoren meinen, die Händler hätten durch einen - in der Praxis fast nie ausreichenden - Hinweis auf Vertragsbedingungen[147] einer Aufklärungspflicht entsprechend dem AGBG schon durch Aushang der Bedingungen genüge getan. Dadurch habe der Kunde ausreichend Möglichkeit gehabt, sich über diese Bedingungen Gedanken zu machen und er könne dann gegebenenfalls die Software zurückgeben.

Das AGBG läßt aber den Aushang als ausreichenden Hinweis auf AGB nur dann ausreichen, wenn die Vorlage der Bedingungen einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde, der im geschilderten Fall aber nicht zu erkennen ist. Noch entscheidender ist sogar, daß in einem Aushang regelmäßig nur auf die AGB der Händler, nicht jedoch auf die aller Hersteller hingewiesen wird und wohl auch nicht hingewiesen werden kann. Diese sind

---

[143] OLG Stuttgart in CR 89, 685, 687; zustimmend ebenfalls Lehmann, Anmerkung zu diesem Urteil in CR 89, 688.
[144] LG Stuttgart, in CR 89, 685.
[145] Verwiesen wird auf Moritz/Tybussek, Computersoftware, in der erster Auflage, Rz. 475ff; ihre Ansicht wird im Anschluß erläutert.
[146] Moritz/Tybussek, Computersoftware, Rz. 936
[147] Siehe unten, VI. 1.

es aber, die Vertragsbestandteil werden bzw. einen Zweitvertrag begründen sollen. Die zu bewertenden Vertragsklauseln befinden sich aber lediglich in dem noch zu schließenden Zweitvertrag. Tatsächlich hat aber kein Softwarehändler sämtliche Vertragsbedingungen der verschiedenen Softwarehersteller ausliegen bzw. aushängen. Sollte dies einmal der Fall sein, stellt sich für den Erwerber die Frage, welche dieser verschiedenen Bedingungen Vertragsbestandteil werden sollen. Da die bloße zur Verfügung Stellung von mehreren verschiedenen AGB auch nicht deutlich genug im Sinne des AGBG wäre, kann von einem angemessenen Hinweis tatsächlich keine Rede sein.

Letztendlich ist ausschlaggebend auf das Aufreißen der Folie abzustellen und zu klären, ob diese Handlung eine Willenserklärung darstellt und als Annahme des Herstellerangebots gewertet werden kann. Nur wenn dies der Fall, kommt der Abschluß eines Zweitvertrages in Betracht.

(1) Objektiver Tatbestand der Willenserklärung

Um bestimmen zu können, ob das Aufreißen einer Folie als Willenserklärung zu bewerten ist, bedarf es einer genaueren Untersuchung der Definition einer Willenserklärung. Hierbei unterscheidet man zwischen dem äußeren- und dem inneren Tatbestand[148]. Bei ersterem handelt es sich um das wahrnehmbare Verhalten des Erklärenden. Demgegenüber wird vom subjektiven Tatbestand das Bewußtsein und der Wille umfaßt[149]. Beim objektiven Tatbestand der Willenserklärung ist die Bedeutung eines ausdrücklichen oder konkludenten Verhaltens durch Auslegung zu bestimmen. Grundvoraussetzung ist mithin immer das Vorliegen des vollständigen objektiven Tatbestandes[150].

Der objektive Tatbestand einer Willenserklärung liegt dann vor, wenn man von dem erkennbaren Verhalten auf einen dadurch ausgedrückten Geschäftswillen des Erklärenden zu schließen vermag[151]. Dabei ist es unerheblich, wenn der Handelnde mit seinem Verhalten zwar unmittelbar

---

[148] Brehm, BGB AT, Rz. 126.
[149] Ebenda.
[150] Brehm, BGB AT, Rz. 129.
[151] Brox, BGB AT, Rz. 87.

einen anderen Zweck verfolgt, mittelbar aber für einen objektiven Dritten seinen Geschäftswillen zum Ausdruck bringt.

Auf den Schutzhüllenvertrag übertragen bedeutet dies, daß der Anwender, der die mit einem Hinweis auf einen Vertragsschluß versehene Folie öffnet, für einen objektiven Dritten zum Ausdruck bringt, er akzeptiere die Vertragsbedingungen bzw. nehme das Angebot eines Zweitvertrages mit dem Softwarehersteller an.

(2) Subjektiver Tatbestand der Willenserklärung

Bezüglich des subjektiven Tatbestandes der Willenserklärung besteht Uneinigkeit. Früher herrschte die Meinung vor, daß zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung notwendigerweise ein Handlungswille, das Erklärungsbewußtsein und der Geschäftswille gehören[152], heute befindet sich die Meinung im Vordringen, daß eine Willenserklärung unter Umständen selbst dann vorliegen kann, wenn dem Erklärenden das Erklärungsbewußtsein und damit auch auch der Geschäftswille fehle[153].

(a) Handlungswille

Unter dem Handlungswillen ist eine zielgerichtete Handlung zu verstehen[154]. Wenn eine Körperbewegung von keinem Willen getragen wird, wie dies beim Reflex der Fall ist, kann dies kein Anknüpfungspunkt für eine privatautonom gesetzte Rechtsfolge sein. Daß der Anwender von Software aber sehrwohl einen Handlungswillen hat, eine in Folie eingeschweißte Diskette durch Aufreißen aus der Folie herauszuholen, kann unproblematisch unterstellt und damit bejaht werden.

---

[152] So etwa OLGZ 82, 240 ff; Frotz, 429 ff; Coing in Staudinger, Einl. vor § 104 ff, Rz. 21 ff; Canaris in NJW 74, 521, 528; Fabricius in JuS 1966, 1, 8 ff; Thiele in JZ 1969, 405, 407; Wieacker, JZ 1967, 383, 389.

[153] Vgl. Emmerich in JuS 1984, 971; Brehmer in JuS 1986, 440, 443; Schwab, Zivilrecht, Rz. 436 ; Hefermehl in Soergel, vor § 116, Rz. 12, 13; Heinrichs in Palandt, vor 116, Rz. 17 und zu § 133, Rz. 11; Medicus, BGB AT, Rz 607; Larenz, BGB AT § 19 III; Schneider in CR 96, 657, 658; zuletzt bestätigt von BGH in NJW 90, 454, 456.

[154] Siehe nur Brehm, BGB AT, Rz. 130.

(b) Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille

Die weiteren notwendigen Tatbestandsmerkmale sind das Erklärungsbewußtsein[155] und der Geschäftswille. Diese beiden Tatbestandsmerkmale sind so eng miteinander verbunden, daß sie gemeinsam beurteilt werden können. Erklärungsbewußtsein ist der Wille, überhaupt eine auf Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete Erklärung abgeben zu wollen[156]. Der Geschäftswille umfaßt die konkrete Rechtsfolge, die genau durch die Erklärung in Geltung gesetzt werden soll[157]. Insofern müßte das Aufreißen der Folie so gesehen werden, daß hiermit die Herbeiführung konkreter Rechtsfolgen bewirkt werden soll.

Tatsächlich öffnet der Anwender nur eine Folie, die ein soeben von ihm erworbenes Programm beinhaltet. Schon aus rein physikalischen und technischen Gründen muß der Erwerber die Folie entfernen, um das Programm in die Hardware einführen und dort bestimmungsgemäß verwenden zu können.

Dabei kann man nicht grundsätzlich ausschließen, in einem solchen tatsächlichen Aufreißen auch konkludent eine Willenserklärung als Vertragsannahme zu sehen. So reicht z.B. bei der Zusendung unbestellter Waren das Aufschneiden broschierter Bücher aus, um eine konkludent erklärte Annahme zu bejahen[158]. Voraussetzung ist allerdings immer, daß "die essentiellen Elemente einer Willenserklärung mit entsprechendem Inhalt vorliegen"[159]. Daher muß man aber insbesondere bei der Auslegung von schlüssigem Verhalten größte Vorsicht walten lassen, um nicht mit unhaltbaren Unterstellungen zu arbeiten; dies gilt um so mehr, wenn genau das fragliche Verhalten - wie das Aufreißen einer Folie - zur bestimmungsgemäßen Nutzung einer Sache notwendig ist.

---

[155] Köhler nennt dieses Merkmal "Erklärungswillen", meint aber genau das gleiche.
[156] Brox, BGB AT, Rz. 83; Brehm, BGB AT, Rz. 131; Schwab, Zivilrecht, Rz. 435.
[157] Brehm, BGB AT, Rz. 135.
[158] Freund, Die stillschweigende Vertragsannahme, 15; Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages, 1; Brox in Erman zu § 147, Rz. 4; Schilken in Staudinger zu § 146, Rz. 12; Schwung in JuS 1985, 449, 450; Weimar in JR 1967, 417ff.
[159] Schwung in JuS 1985, 449, 450.

Wird bei einem unbestellt zugesandten Buch die Folie entfernt, wird nach überwiegender Ansicht sowohl ein Erklärungsbewußtsein als auch Geschäftswille unterstellt und der Kaufvertrag begründet, da der Öffnende damit zum Ausdruck bringt, daß er das Buch lesen und behalten möchte. Grundsätzlich bringt auch der Anwender von Software genau dieses zum Ausdruck, indem er die Software auspackt und anschließend nutzt. Der entscheidende Unterschied liegt aber darin, daß der Anwender von Software bereits vorher die Ware käuflich erworben hat und zum Zeitpunkt des Öffnens weitergehende Bedingungen mit Dritten zusätzlich zum bereits geschlossenen Kaufvertrag vereinbart werden sollen.

Der die Annahme Erklärende muß daher nicht nur die Umstände positiv kennen, die seine Handlung als Ausdruck eines Rechtsfolgewillens erscheinen lassen, sondern die Rechtsprechung fordert darüberhinaus zu Recht, daß er außerdem wissen oder zumindest damit rechnen muß, daß eine von ihm abzugebende Willenserklärung überhaupt erforderlich sein könnte[160].

Wenn der Erwerber die erworbene Software benutzen möchte, ist das Öffnen schon tatsächliche Voraussetzung. Dieses Öffnen ist dabei auch sicherlich eine zielgerichtete Handlung[161]. Die Handlung zielt aber nicht auf die Abgabe einer Willenserklärung ab, sondern darauf, das Programm, nachdem es schon erworben wurde, auch bestimmungsgemäß zu nutzen[162]. Diese Handlung ist mit dem Auspacken der eventuell gleichzeitig beim selben Händler gekauften Hardware zu vergleichen. Auch dort öffnet der Kunde die Verpackung um die Ware herum, jedoch ohne eine Rechtsfolge zu begründen. Wenn der Käufer nicht ausdrücklich auf den Umstand hingewiesen wird, daß er speziell bei der Software eine weitere Willenserklärung abgibt, stellt sich die Frage, woher dieser wissen sollte oder aufgrund welcher Umstände er damit rechnen mußte, daß er eine weitere Willenserklärung durch Öffnen der Verpackung abgibt.

---

[160] Vgl. BGH in NJW 90, 454, 456, BGH in NJW 73, 1789; BGH in BB 1968, 765; Heinrichs in Palandt zu § 133, Rz. 11; ebenso Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 328.

[161] Weitere Beispiele für zielgerichtetes Handel ohne eine Willenserklärung darzustellen sind: Die Demonstration gegen Preiserhöhungen mit einem Transparent auf der Straße; Einladung eines Freunde zu einem Glas Wein; usw. Siehe hierzu ausführlich Schwab, Zivilrecht, Rz. 429.

Ohne einen eindeutigen Hinweis, daß er noch eine Willenserklärung abgeben muß, kann der Kunde dies jedenfalls nicht erahnen und auch nicht wissen. Da der Kunde insofern auch überhaupt nicht den Willen hat, mit dem Öffnen der Folie eine Erklärung mit rechtlichem Inhalt abzugeben, kann seine Handlung auch nicht auf eine konkrete Rechtsfolge abgezielt haben. Somit wäre die Annahme eines Erklärungswillens oder Geschäftswillens hinsichtlich eines Vertragsschlusses eine durch nichts untermauerte Unterstellung.

Das Vorliegen einer Willenserklärung kann auch nicht einseitig vom Hersteller festgesetzt werden, womit eine Annahme des Herstellervertrages zumindest nach dieser Definition von Willenserklärungen ausscheidet.

In der jüngsten Zeit wird aber in zunehmendem Maße auch in der Literatur die Auffassung vertreten, eine Willenserklärung könne selbst dann vorliegen, wenn dem Erklärenden das Erklärungsbewußtsein fehle[163]. Diese Meinung schließt sich an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.6.1984[164] an. Der BGH führt aus:

> "Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Sie kann gemäß §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden."

Um eine Willenserklärung des Handelnden anzunehmen, müßte dieser demnach bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können, daß ihm das Aufreißen der Folie als Willenserklärung zugerechnet werden würde.

---

[162] Im Ergebnis ebenso Hoeren, Softwareüberlassung, Rz. 418.

[163] Vgl. Emmerich in JuS 1984, 971; Brehmer in JuS 1986, 440, 443; Schwab, Zivilrecht, Rz. 436 ; Hefermehl in Soergel, vor § 116, Rz. 12, 13; Heinrichs in Palandt, vor 116, Rz. 17 und zu § 133, Rz. 11; Medicus, BGB AT, Rz 607; Larenz, BGB AT § 19 III; Schneider in CR 96, 657, 658; zuletzt bestätigt von BGH in NJW 90, 454, 456.

[164] BGHZ 91, 324; bestätigt von BGH in NJW 90, 454, 456; BGH in NJW 95, 953.

(aa) Auslegung des Aufreißens der Folie

Folglich muß sich das Aufreißen der Folie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß § 157 BGB als Willenserklärung auslegen lassen.

Das Aufreißen der Folie stellt zwar keine verbale Äußerung, sondern eine tatsächliche Handlung des Anwenders dar, dies kann aber anerkanntermaßen als konkludente Äußerung zu denselben Rechtsfolgen führen. Der Kunde als Softwareanwender soll durch die entsprechenden Hinweise des Herstellers innerhalb der Folie auf die Bedeutung seines tatsächlichen Handelns hingewiesen werden. Daher soll er auch die Umstände, die der Softwarehersteller nach seinem Willen als einen Ausdruck eines Rechtsfolgewillens ansieht, kennen. Dies führt aber nur dann zu einer zurechenbaren Willenserklärung, wenn der Anwender mit der Erforderlichkeit der Abgabe einer Willenserklärung rechnete oder zumindest rechnen mußte.

Für Schutzhüllenverträge bedeutet dies, daß eine zum Abschluß eines Zweitvertrages erforderliche Vertragsannahme und damit eine gültige Willenserklärung des Anwenders dann vorliegt, wenn eine entsprechende Verkehrssitte besteht. Ob eine solche Verkehrssitte im Bereich der Schutzhüllenverträge besteht, ist im folgenden zu klären.

(aaa) Verkehrssitte

Unter Verkehrssitte ist die im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung zu verstehen, die bei diesen Zustimmung gefunden hat und während einer längeren Zeit bestanden haben muß[165].

1) Tatsächliche Übung

Unter tatsächlicher Übung versteht man die Wiederholung von Vorgängen, die

---

[165] BGH in NJW 90, 1723, 1724; Heinrichs in Palandt zu § 133, Rz. 21.

tatbestandsmäßig gleichartige Verhaltensweisen aufzeigen, aus denen sich eine Regel entnehmen läßt[166]. Heutzutage ist auf fast allen Verpackungen von Standardsoftware ein Herstellerangebot zum Abschluß eines Lizenzvertrages zu finden, welcher durch Aufreißen der Folie durch den Kunden abgeschlossen werden bzw. nach Ansicht des Herstellers ohnehin Geltung haben soll, so daß eine tatsächliche Übung unterstellt werden kann.

2) Zustimmung der beteiligten Verkehrskreise

Zur Anerkennung als Verkehrssitte kann dies jedoch nur führen, wenn bei den Angehörigen der an dem bestimmten Verkehrszweig beteiligten Kreise eine allgemeine Zustimmung diesbezüglich gefunden wird[167].

Der Verkehrskreis setzt sich aus einer Gruppe von Mitgliedern der Gesellschaft zusammen, die auf dem gleichen Sachgebiet tätig werden und in ihren Rechtsgeschäften gleichartige Interessenkonstellationen verwirklichen. Da der Gruppenbegriff auch Vertragssituationen unter Umständen sehr große Teile der Bevölkerung erfassen kann, bedarf es insofern zumindest einer Einschränkung dahingehend, daß eine soziale Einheit zwischen den Mitgliedern der Gruppe bestehen muß[168].

Zustimmung bedeutet, daß mehr als nur eine teilweise Befolgung der Übung vorliegt und diese von allen Seiten gebilligt werden muß[169]. Durch die beiderseitige Zustimmung soll beim vertraglichen Rechtsverkehr verhindert werden, daß bloß einseitige Praktika als Verkehrssitte angesehen werden[170].

a) Hersteller

Die Zustimmung seitens des durch ihre Branche definierten Verkehrskreises Softwarehersteller besteht zweifelsfrei, da diese sehr häufig ihre

---

[166] Sonnenberger, Verkehrssitten, 74.
[167] BGH in NJW 90, 1723, 1724.
[168] Sonnenberger, Verkehrssitten, 93f.
[169] BGH LM § 157 (B) Nr. 1; BGH in NJW 57, 1105.
[170] Sonnenberger, Verkehrssitten, 93.

Lizenzverträge als Schutzhüllenverträge ausgestalten.

b) Anwender

Probleme bereitet aber die Gruppenqualität auf Seiten der Anwender. Wie die oben dargestellte Umschreibung des für den Verkehrskreis erforderlichen Gruppenbegriff zeigt, ist dieser sehr weit und damit schwer zu fassen.

Die Gemeinsamkeit der Anwender beruht lediglich auf der Tatsache, daß alle dem Verkehrskreis Angehörenden Computer besitzen und Standardsoftware verwenden. Ob dies bereits ein ausreichendes gemeinsames Merkmal darstellt, um von einer sozialen Einheit sprechen zu können, ist zumindest zweifelhaft. Außerdem nimmt die Anzahl der Softwareanwender rapide zu, so daß sich der Verkehrskreis kaum mehr eingrenzen läßt. Die Voraussetzung des Verkehrskreises läuft auf diese Art und Weise Gefahr leer zu laufen.

Ein Argument für eine für den Verkehrskreis erforderliche Gruppenqualität könnte in der Eingrenzung auf diejenigen Käufer zu sehen sein, die Standardsoftware erwerben. Da einige Vertreter in der Literatur die Etablierung einer Verkehrssitte zumindest in Zukunft für möglich halten[171], zeigt dies, daß die Gesamtheit der Anwender als möglicher Verkehrskeis in Betracht gezogen wird. Hält man also diese Merkmale für ausreichend, stellt sich die Frage, inwiefern die Voraussetzung der Zustimmung gegeben ist.

Geht man davon aus, daß die Anwender einen Verkehrskreis bilden, müßten diese auch der Übung zustimmen. Aufgrund der Tatsache, daß bisher weder eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, in der ausführlich zur Gültigkeit von Schutzhüllenverträgen Stellung genommen werden mußte, noch eine, in der es um die Gültigkeit von Schutzhüllenverträgen ging, könnte angenommen werden, daß seitens der Anwender bisher keine Klage gegen Nutzungs- oder Haftungsbeschränkungen erhoben wurde, da diese von der Zulässigkeit und Gültigkeit von Schutzhüllenverträgen ausgingen. Dieses Verhalten stünde aber einer widerspruchslosen Hinnahme gleich, die wohl kaum einer Billigung

---

[171] Beispielsweise Brehm in FS für Baumann, 599.

gleichgestellt werden kann[172]. Es stellt sich damit die Frage, nach welchen Kriterien die Zustimmung zu beurteilen ist.

Da der Vertragsschluß den Anwendern in der Regel nur Nachteile bringt – wie z.B. eine nachträgliche Beschränkung ihres zunächst erworbenen Eigentumsrechts – und die regelmäßig im Lizenzvertrag ausdrücklich eingeräumten Nutzungsrechte ihnen bereits aufgrund der Gesetzeslage zustehen, ist davon auszugehen, daß sie dem Vertragsschluß keinesfalls freiwillig zustimmen. Es stellt sich somit die Frage, ob Verkehrssitten auch zwangsweise entstehen können. Dieses Problem wird im Rahmen des Handelsbrauchs, der handelsrechtlichen Verkehrssitte, diskutiert.

Ob Grundsätze des Handelsrechts aber zur Auslegung der bürgerlich-rechtlichen Verkehrssitte herangezogen werden können, ist fraglich, da die Normen des HGB Sondervorschriften zum BGB darstellen und grundsätzlich nicht verallgemeinerungsfähig sind. In Betracht käme jedoch ein Analogieschluß. Dieser setzt das Vorliegen einer planungswidrigen Regelungslücke sowie eine vergleichbare Situation zwischen den zu beurteilenden Sachverhalten voraus. Es besteht ein Bedürfnis nach der Definition der Verkehrssitte bezogen auf Computerverträge, da für den vorliegenden Fall eine Beurteilung mit Hilfe der im BGB geltenden Grundsätze nicht ausreicht. Außerdem knüpft die für den Handelsverkehr bestehende Umschreibung mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit nicht an spezielle Gegebenheiten des Geschäftslebens unter Kaufleuten an, sondern legt ein allgemeines Verständnis des Begriffes des “Brauchs“ zugrunde, der wie eine gesellschaftliche Konvention oder eine Sitte, eine spontan gewachsene, nicht irgendwie manipulierte Ordnung in dem betreffenden Geschäftskreis darstellt[173]. Folglich spricht alles dafür, von einer Übertragbarkeit der handelsrechtlichen Definition ausgehen zu können. Somit ist zu prüfen, ob bei dem Einsatz von Schutzhüllenverträgen die erforderliche Freiwilligkeit der Zustimmung der Anwender gegeben ist.

Nach fast einhelliger Ansicht ist eine Freiwilligkeit dann nicht gegeben, wenn sich eine der Parteien nur widerwillig aufgrund der wirtschaftlichen

---

[172] Schneider, D. in CR 96, 657, 661.
[173] Schneider, D. in CR 96, 660.

Überlegenheit der anderen fügt. In einem solchen Fall entsteht kein Handelsbrauch[174]. Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, daß einseitig auferlegte "Verkehrssitten" wegen mangelnder Freiwilligkeit der Zustimmung der einen Seite ausscheiden.

Hersteller und Anwender haben sich, schon in Ermangelung eines Kontakts, über die Praxis der Schutzhüllenverträge nicht verständigt. Die Bedingungen wurden vielmehr bewußt einseitig, von den Herstellern in Verfolgung ihrer eigenen Interessen, etabliert. Zwar ist die Zustimmung nicht schon allein deshalb zu verneinen, weil eine bestimmte Übung überwiegend den Interessen einer Partei dient, doch versuchen im Fall der Schutzhüllenverträge die Softwarehersteller durch die von ihnen geschaffene Gestaltung den Anwendern einen Vertrag aufzuzwingen. Da die Softwareanwender aber in der Regel auf den Gebrauch von Standardsoftware angewiesen sind und sie durch die einheitliche Handhabung sämtlicher Softwarefirmen auch nicht die Möglichkeit haben, bei einem anderen Hersteller den "Vertragsabschluß" zu vermeiden, zwingen die Hersteller aufgrund ihrer einheitlichen Handhabung die Anwender zum Vertragsabschluß. Hierin liegt keine freiwillige Zustimmung. Bei analoger Anwendung der handelsrechtlichen Grundsätze kommt man folglich vorliegend nicht zu einer Zustimmung seitens der Anwender.

Interessanterweise hält *Brehm* es dennoch für denkbar, daß sich diese Verkehrssitte etabliert und hält es für möglich, daß die Rechtsprechung trotz der soeben aufgezeigten Grundsätze eine Verkehrssitte auch dann anerkennt, wenn sie gezielt von Interessenverbänden und Rechtsabteilungen weniger Großunternehmen geschaffen werden[175].

Für den augenblicklichen Zeitpunkt ist aber festzuhalten, daß mangels beiderseitiger Zustimmung keine Verkehrssitte besteht und das Verhalten der Anwender nicht als Willenserklärung gewertet werden kann.

---

[174] Schlegelberger in Hefermehl zu § 346, Rz. 10.
[175] Brehm in FS für Baumann, 599.

3) Festigkeit der Übung

Zudem ist zweifelhaft, ob die dritte Voraussetzung für die Etablierung einer Verkehrssitte zum jetzigen Zeitpunkt gegeben ist. Die Übung müßte über einen längeren Zeitraum hinweg, aufgrund dessen sie eine gewisse Festigkeit erlangt haben muß, bestanden haben[176].

Eine bestimmte Mindestdauer, die für alle in Frage kommenden Fälle der Etablierung einer Verkehrssitte maßgeblich wäre, läßt sich aufgrund der Vielgestaltigkeit der möglichen Sitten nicht sagen. Da aber derzeit nicht einmal in dem Ursprungsland der "Shrinkwrap – Verträge", USA, in denen diese Vertragsart schon erheblicher länger praktiziert wird, dieser Vertragsschluß als Verkehrssitte gewertet wird[177], ist das zeitliche Kriterium in Deutschland wohl zutreffend zu verneinen. Auch *Brehm* hält eine solche Verkehrssitte allenfalls zukünftig für möglich[178].

(bbb) Keine Verkehrssitte

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Zurechenbarkeit einer Willenserklärung als Vertragsannahme durch ein Aufreißen einer Schutzhülle von Standardsoftware aufgrund einer Verkehrssitte zur Zeit nicht festgestellt werden kann.

(bb) Zwischenergebnis

Folglich kann das Aufreißen der Folie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 157 BGB nicht als Willenserklärung ausgelegt werden.

(3) Ergebnis

Insgesamt ist damit als Ergebnis festzuhalten, daß ein Vertragsschluß mit

---

[176] Schneider, D. in CR 96, 657, 661.
[177] Marly, in v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauseln, München, Stand Januar 1995, Rz. 152
[178] Brehm in FS für Baumann, 599.

dem Hersteller zu dessen Bedingungen nicht gegeben ist.

bbb. Öffnen der Folie durch den Händler

Da es aber nicht immer der Anwender selbst ist, der die Folie öffnet, könnte ein Vertrag dann zustande kommen, wenn der Softwarehändler stellvertretend für den Anwender durch das Öffnen eine diesbezügliche Willenserklärung abgibt. Diese Situation tritt in der Regel dann ein, wenn der Kunde den Händler bittet das jeweilige Programm auf der "nebenbei" erworbenen Hardware zu installieren. Hierbei ist es dann der Softwarehändler, der die Folie um die eingeschweißte Software herum aufschneidet. Fraglich ist dann, ob durch diese Handlungsweise der Anwender einen Vertrag mit dem Hersteller schließt. Dies könnte sich dann ergeben, wenn die Handlung des Händlers dem Anwender über die §§ 164 ff BGB zugerechnet werden kann.

Der Händler kennt regelmäßig die Bedingungen der Hersteller, nach denen das Öffnen der Folie eine Annahmeerklärung des Herstellervertrages bedeuten soll[179]. Wenn der Händler dann die Folie aufreißt oder -schneidet, ist er sich bewußt, daß sein Verhalten rechtserheblich ist. Damit gibt er eine Willenserklärung ab. Diese Erklärung tätigt er aus der ex-post-Sicht des Softwareherstellers für den Anwender, da es sich um dessen soeben erworbenes Programm handelt und der Händler für sich selbst auch keinen Vertrag abschließen möchte. Die entscheidende Frage ist nur, ob diese Willenserklärung dem Kunden über die §§ 164 ff BGB tatsächlich zugerechnet werden kann. In Betracht kommt eine solche Zurechnung, wenn der Händler von dem Kunden bevollmächtigt worden ist.

(1) Vollmacht

Bei einer Vollmacht handelt es sich nach der Legaldefinition des § 166 Abs. 2 BGB um die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht. Sie wird durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die Bevollmächtigung

---

[179] Dabei ist im Rahmen der Stellvertretung die Kenntnis des Vertreters auch dem Vertretenen zuzurechnen. § 166 Abs. 1 BGB; Brehm, BGB AT, Rz. 435.

begründet[180]. Bei der vorliegend in Frage kommenden Innenvollmacht kann diese Willenserklärung gegenüber dem Vertreter, dem Softwarehändler, erklärt werden. Dabei ist die Bevollmächtigung grundsätzlich formfrei[181]. Sie kann mithin sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend erteilt werden, sofern nicht, was vorliegend nicht einschlägig ist, gesetzliche Vorschriften etwas anders bestimmen[182]. Unabhängig davon, ob eine Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend erteilt wird, setzt die Wirksamkeit zweierlei voraus.

(a) Äußerer Erklärungstatbestand

Es muß überhaupt ein äußerer Erklärungstatbestand vorliegen, der aus der Sicht des Vertreters die Annahme einer Vollmachtserteilung rechtfertigt[183]. Eine solche Erklärung könnte darin zu sehen sein, daß der Kunde den Händler beauftragt, das Programm auf die Festplatte des Computers zu speichern. Der Händler muß aufgrund dieser Äußerung davon ausgehen, für alle zur Speicherung des Programms auf der Festplatte notwendigen Schritte von dem Kunden bevollmächtigt zu sein. Dazu zählt notwendigerweise auch das Aufreißen oder Aufschneiden der Folie der Programmdiskette. Ein äußerer Erklärungstatbestand, der aus der Sicht des Händlers eine Vollmachtserteilung rechtfertigt, kann sicherlich vertretbar angenommen werden.

(b) Innerer Erklärungstatbestand

Darüberhinaus muß diesem äußeren Erklärungstatbestand ein innerer Bevollmächtigungswille des Anwenders entsprechen. Ganz offensichtlich muß der Anwender in der oben dargestellten Fallkonstellation damit rechnen, daß der Händler für ihn als Erwerber der Software und Hardware handeln wird. Solange der Kunde aber nicht auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines

---

[180] Heinrichs in Palandt zu § 167, Rz. 1.
[181] Heinrichs in Palandt zu § 167, Rz. 2; Brehm, BGB AT, Rz. 453.
[182] Musielak, BGB, Rz. 719; als gesetzliche Vorschriften kommen beispielsweise § 48 Abs. 1 HGB in Betracht, wonach die Prokura nur mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden darf.

weiteren Vertrages hingewiesen wird, geht er auch nicht davon aus, daß sein Auftrag an den Händler, die Software zu installieren, auch noch weitere rechtserhebliche Folgen nach sich ziehen kann. Der Kunde möchte nur die tatsächliche Installation ausgeführt haben und wird dies irgendwo ihm Rahmen "Serviceleistung" oder sogar Dienst- oder Werkleistung des Händlers einordnen, wobei die letztendlich Beurteilung irrelevant erscheint. Damit fehlt dem Kunden grundsätzlich der Erklärungswille, den Händler zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes zu bevollmächtigen.

Daher gelangt man erneut zu dem Problem, ob trotz Fehlens eines Willenselementes immer noch eine wirksame Willenserklärung vorliegt[184], was Voraussetzung einer wirksamen Vollmacht ist. Wie oben[185] bereits erörtert, ist dieses Problem in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Entweder nimmt man an, eine Willenserklärung und somit auch eine Vollmacht liegt aufgrund eines nicht gegebenen Elementes der Willenserklärung nicht vor[186], oder aber man geht von einer wirksamen, aber anfechtbaren Willenserklärung aus[187], sofern diese dem Erklärenden zurechenbar ist. Zurechenbar ist sie aber nur dann, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen oder vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte[188].

Vorliegend kommen aber beide Meinungen zu demselben Ergebnis. Der Kunde hat kein Erklärungsbewußtsein und eine Zurechenbarkeit scheidet ebenfalls aus. Dies ergibt sich aus der Betrachtung des typischen Sachverhalts. Der Wunsch des Kunden zielt darauf ab, nicht nur eine Hardware und eine Software nebeneinander zu besitzen, sondern vielmehr entspricht die Kombination dieser Waren seiner zielgerichteten Vorstellung.

---

[183] Brox in Erman zu § 167, Rz. 6.

[184] Siehe oben, IV. 2. b. aa. aaa. (2) (b).

[185] Ebenda.

[186] So etwa OLGZ 82, 240 ff; Frotz, 429 ff; Coing in Staudinger, Einl. vor § 104 ff, Rz. 21 ff; Canaris in NJW 74, 521, 528; Fabricius in JuS 1966, 1, 8 ff; Thiele in JZ 1969, 405, 407; Wieacker in JZ 1967, 383, 389.

[187] So BGH in NJW 84, 2279, 2280; Kellmann in JuS 1971, 609, 612; Schmidt-Salzer in JR 1969, 281; Medicus, BGB AT, Rz. 607 ff; Brox in Erman, vor § 116, Rz. 3; Larenz, BGB AT, § 19 III; Kramer in MüKo zu § 119, Rz. 83; Heinrichs in Palandt, vor § 116, Rz. 17; Gudian in AcP 169 (1969), 235 f.

[188] So BGH in NJW 84, 2279, 2280; Larenz, AT, § 19 III; Kramer in MüKo, § 119, Rz. 83; Heinrichs in Palandt, vor § 116, Rz. 17; Gudian in AcP 169 (1969), 235 f.

Deshalb bittet oder beauftragt er den erfahrenen Händler, die Installation durchzuführen, welche ihm selbst unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten könnte. Der Händler, der soeben ein Geschäft abgewickelt hat, wird dem Wunsch des Kunden entsprechen[189] und diese Installation ausführen, sei es aus Service oder als vertragspflichtige Leistung.

Nicht vorstellbar ist in der Regel hingegen, daß der Händler vor der eigentlichen Installation dem Kunden noch ausdrücklich mitteilt, durch das Aufreißen der Schutzhülle solle noch ein weiterer Vertrag mit dem Hersteller des Programms geschlossen werden. Ansonsten hätte er dies schon vor dem Kauf getan. Der Kunde darf damit typischerweise die ganze Zeit davon ausgehen, alle notwendigen Rechtsgeschäfte getätigt zu haben. In diesem Zusammenhang ist es für den Anwedner ohne den unterbliebenen[190] Hinweis, durch ein Öffnen der Schutzhülle noch weitere rechtliche Bindungen einzugehen nicht voraussehbar, vertreten durch den Händler, durch das Aufreißen einer Folie einen Vertrag mit einem Dritten einzugehen. Er weiß nicht und kann auch nicht wissen, daß sein Wunsch der Installation als eine Vollmachtserteilung des Händlers zum Abschluß eines weiteren Vertrages gesehen werden kann. Dem Anwender kann somit ein Erklärungsbewußtsein nicht zugerechnet werden. Insofern liegt auch nach der zweiten Ansicht keine zurechenbare Willenserklärung zur Erteilung einer Vollmacht durch den Kunden vor. Ein Vertragsschluß zwischen dem Kunden und dem Hersteller der Software scheitert an einer wirksamen Vollmacht des Softwarehändlers.

(2) Rechtsscheinsvollmacht

Eine Vollmacht kann aber in Form einer sogenannten Anscheins- oder Duldungsvollmacht vorliegen. Schon in dem Gewährenlassen von Vertretungsgeschäften kann eine stillschweigende Bevollmächtigung liegen[191]. Dabei ist in der Übertragung von Aufgaben, deren ordnungsgemäße Erfüllung eine bestimmte Vollmacht erfordert, schon stillschweigend eine

---

[189] Falls nicht, stellt sich dieses Problem ohnehin nicht.

[190] Sollte ein ausdrücklicher Hinweis über diese Vertragsgestaltung dem Kunden mitgeteilt worden sein, wird sich diese Betrachtungsweise dahingehend ändern, daß er in Kenntnis der Umstände auch den Händler bevollmächtigt hat; dies geschieht alleine schon dadurch, daß er einen Erklärungswillen besaß.

entsprechende Bevollmächtigung zu sehen[192]. Dies gilt aber nur für die Fälle, in denen die ordnungsgemäße Erfüllung nach der Verkehrsauffassung eine bestimmte Vollmacht voraussetzt. In den Fällen der Rechtsscheinvollmacht muß sich der Vertretene die Handlungen der augenscheinlich für ihn als Vertreter handelnden Person zurechnen lassen, auch wenn er tatsächlich keine, oder eine zu geringe Vollmacht erteilt hat[193]. Objektiv setzt die Vertrauenshaftung voraus, daß ein Vertrauenstatbestand vorliegt[194]. Ein solcher ist gegeben, wenn der Anschein einer Bevollmächtigung erweckt worden ist, aufgrund dessen Dritte nach Lage der Dinge und nach Treu und Glauben annehmen durften, das Verhalten des für den Geschäftsherrn auftretenden Vertreters könne diesem auf der Grundlage einer Bevollmächtigung zugerechnet werden[195].

Entscheidend ist damit die Sicht des Dritten, des Softwareherstellers. Dieser Dritte erhält aber von dem Handeln des Händlers überhaupt keine Kenntnis. Für ihn stellt sich der Sachverhalt nur so dar, daß die Schutzhülle geöffnet wurde. Ein Vertrauen beim Hersteller wurde in keiner Weise begündet[196]. Selbst wenn der Händler im Nachhinein einräumt die Software installiert zu haben, besteht kein Vertrauensschutz, weil der Kunde nicht auf den Zweitvertrag hingewiesen wurde. Der Hersteller kann nicht einseitig bestimmte tatsächliche Handlungen als Willenserklärungen definieren und sich anschließend auf einen Vertrauensschutz berufen, wenn der Kunde von dieser Definition keine Kenntnis erlangt hat. Damit entfällt auch die Schutzwürdigkeit des Softwareherstellers, die eine weitere Voraussetzung der Anscheinsvollmacht ist[197].

(3) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kommt somit auch beim Öffnen der Schutzhülle durch den

---

[191] Musielak, BGB, Rz. 719.
[192] Heinrichs in Palandt zu § 167, Rz. 1 und zu § 173, Rz. 21.
[193] Heinrichs in Palandt zu § 173, Rz. 21.
[194] Schilken in Staudinger zu § 167, Rz. 34.
[195] Thiele in MüKo zu § 167, Rz. 55 ff; Schilken in Staudinger, Vorb. zu § 116, Rz. 66.
[196] Einschlägige Fälle die einen Vertrauenstatbestand begründen sind immer derartig gelagert, daß der Dritte irgendwie mit den Vertretern in Kontakt gerät. Siehe einzelne Beispiel aus der Rechtsprechung bei Schilken in Staudinger zu § 167, Rz. 35.
[197] Siehe nur Schilken in Staudinger zu § 167, Rz. 43.

Softwarehändler kein Vertrag zwischen dem Softwarehersteller und dem Anwender zustande.

ccc. Vertreter des Anwenders

Zumindest in den Fällen, in denen Software per Versandkauf erworben wird, ist es ebenfalls gut vorstellbar, daß ein Mitarbeiter oder ein anderer Vertreter des Geschäftsherrn[198] die Programmdiskette auf der Festplatte installiert und dafür zuvor die Folie aufreißt. Fraglich ist damit, ob ein Öffnen der Schutzhülle durch einen Vertreter zu einem Vertragsschluß mit dem Hersteller führen kann. Die Erteilung einer wirksamen Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften, die den Geschäftsherrn verpflichten und berechtigen kann, soll hier ohne weitere Prüfung angenommen werden[199]. Solange der Vertreter von der rechtlichen Folge seines Tuns genauso wenig wie der Anwender weiß, muß ein Vertragsschluß aber aus den oben[200] genannten Gründen ausscheiden.

Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn der Vertreter die rechtliche Reichweite seiner Handlung erkennt, und sich der Geschäftsherr so die Kenntnis des Vertreters gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muß. In diesen Fällen wird durch das Öffnen der Schutzhülle ein zweiter Vertrag mit dem Hersteller geschlossen. Inwiefern dabei sämtliche aufgeführten Klauseln oder Beschränkungen des Herstellers tatsächlich wirksam werden, bedarf einer hier nicht vorzunehmenden Inhaltskontrolle im Einzelfall. Wenn der Vertreter die Bedingungen liest, aber daraus nicht erkennen kann, einen weiteren Vertrag zu schließen, sondern nur davon ausgeht, zuvor vereinbarte Bedingungen schriftlich zu erhalten, kann ebenfalls nicht von einem Erklärungsbewußtsein in Bezug auf eine Vertragsannahme ausgegangen werden.

Eine weitere Frage ist, ob der ohne Vertretungsmacht handelnde Vertreter

---

[198] Was in einer größeren Firma schon der Regelfall sein wird.

[199] Fehlt jedoch im Einzelfall diese Vollmacht, und eine Anscheinsvollmacht kann ebenfalls nicht bejaht werden, kann die Handlung des Öffnens der Schutzhülle den Geschäftsherrn nicht verpflichten.

[200] Siehe oben, IV. b. aa. aaa. (2).

durch das Aufreißen der Schutzhülle einen eigenen Vertrag mit dem Hersteller abschließt. Dabei gibt der Vertreter, wie auch der Geschäftsherr oder dessen Vertreter mit Vertretungsmacht, regelmäßig keine Annahmeerklärung ab. Der Unterschied besteht aber darin, daß dieser Vertreter selbst keinen wirksamen Erwerbsvertrag mit dem Softwarehändler abgeschlossen hat und somit noch nicht davon ausgehen kann, alle für die Nutzung des Programms notwendigen Schritte bereits erledigt zu haben. Dieser Umstand allein kann nicht dazu führen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht einen eigenen Nutzungsvertrag mit dem Softwarehersteller abschließt, ohne eine diesbezügliche Willenserklärung abgegeben zu haben. Überdies würde ihm auch der berechtigte Zugriff auf das Produkt fehlen, da ihm die Software ohnehin nicht als Berechtigter zu Verfügung steht. Er selbst führt nur eine tatsächliche Handlung aus, bei der er nicht rechtserheblich tätig werden will. Es kann dem Softwarehersteller nicht zum Vorteil gereichen, daß zufällig ein nicht Vertretungsberechtigter die Folie öffnet und dadurch wiederum eine vertragliche Bindung begründet wird, wenn auch mit einer anderen Partei. Das Angebot des Herstellers richtet sich ausschließlich an den tatsächlichen Anwender, nämlich den Geschäftsherrn, und nicht an denjenigen der zufälligerweise die Software an sich nimmt und vielleicht lediglich aus Neugier die Folie öffnet.

Somit kann auch durch ein Aufreißen der Schutzhülle durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht kein Herstellervertrag[201] zustandekommen.

ddd. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, daß Schutzhüllenverträge nicht durch ein Aufreißen der Folie geschlossen werden, solange der Anwender oder sein Vertreter nicht eindeutig auf die beabsichtigte Rechtsfolge der Handlung hingewiesen werden.

---

[201] Mit wem auch immer.

bb. Enter-Vereinbarungen

Eine weitere in der Praxis übliche Methode einen Vertragsabschluß mit dem Anwender zu erreichen ist die der sogenannten Enter-Vereinbarungen. Zu unterscheiden sind zwei Arten. Die erste will die Benutzung einer bestimmten Taste - zumeist die Enter-Taste - als Willenserklärung zur Zustimmung der Vertragsbedingungen ansehen, die zweite will dieses Ergebnis durch die widerspruchslose Nutzung des Programms erreichen. Diese Unterscheidung führt auch zu verschiedenen rechtlichen Betrachtungsweisen. Während im ersten Fall eine Handlung des Anwenders zur Vertragsannahme führen soll, soll im zweiten Fall ein Schweigen dieselbe Rechtsfolge herbeiführen.

aaa. Drücken der Enter-Taste

Bei der Variante, bei der der Anwender durch die Betätigung der Enter-Taste seine Annahme des Vertragsangebots des Herstellers zum Abschluß eines Zweitvertrages geben soll, ist wie bei den ursprünglichen Schutzhüllenverträgen zu prüfen, ob die Betätigung einer einzelnen Taste als eine Willenserklärung zur Annahme eines Angebotes ausgelegt werden kann. Wie bereits erörtert[202], bestehen unterschiedliche Auffassungen zu den Tatbeständen der Willenserklärung.

Geht man davon aus, daß neben dem Handlungswillen auch das Erklärungsbewußtsein und der Geschäftswille notwendige Voraussetzung sind, stellt sich die Frage, ob neben dem unproblematisch vorliegenden Handlungswillen des Anwenders auch ein Erklärungsbewußtsein gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn er positiv weiß, daß sein Verhalten als irgendeine rechtserhebliche Erklärung verstanden werden kann[203]. Bei den hier relevanten Vereinbarungen wird der Benutzer des Computers und des Programms ausdrücklich am Bildschirm darauf hingewiesen, daß zumindest der Hersteller die Betätigung der Enter-Taste als eine Annahmeerklärung und somit rechtserhebliche Handlung auffaßt. Das Vorliegen eines Erklärungsbewußtseins des Anwenders kann damit typischerweise bejaht

---

[202] Siehe oben, IV. b. aa. aaa. (2).
[203] Vgl. Brox, BGB AT, Rz. 83; Heiseke in MDR 1971, 355.

werden.

Nicht so einfach stellt sich hingegen die Bestimmung der Existenz eines Geschäftswillens dar. Dafür muß der Anwender mit seinem Verhalten auch bestimmte Rechtsfolgen herbeiführen wollen. Der Anwender, der das bereits erworbene Programm nutzen will, ist gezwungen, die Enter-Taste zu drücken. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß der Anwender zur Fortsetzung des bereits gekauften Programms damit auch einen Geschäftswillen in Bezug auf den Abschluß eines Vertrages mit dem Hersteller hat, so daß hier keine wirksame Willenserklärung gegeben sein könnte.

Bei fehlendem Geschäftswillen ist aber dem Erklärenden aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers in der Regel trotzdem eine Willenserklärung zuzurechnen, die er nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten kann. In diesem Fall ist aber zu überlegen, ob dies billig wäre und ob hier das Vertrauen des Erklärungsempfängers, des Herstellers, der die Erklärung nicht persönlich empfängt, sondern nur aufgrund des Rückschlusses hierzu gelangt, schutzwürdig ist. Die Betätigung der Enter-Taste könnte somit dem Anwender als Vertragsannahme zugerechnet werden[204], es sei denn, man müßte aufgrund der Grundsätze von Treu und Glauben eine Ausnahme hierzu machen. Da nur nach Betätigen dieser Taste das vom Anwender bereits erworbene Programm funktionsfähig und nutzbar ist, bleibt dem Anwender gar nichts anderes übrig, als die Enter-Taste zu betätigen.

Der Hersteller zwingt den Anwender auf diese Weise gerade dazu, diese Handlung zu vollziehen, um ihn so in eigenem Interesse vertraglich zu binden. Dies bedeutet, daß der Hersteller diesen tatsächlichen Akt einseitig als Willenserklärung festlegt. Eine solche Praxis steht weder im Einklang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Anwenders und der Privatautonomie, noch ist ersichtlich, warum der Hersteller in seinem Vertrauen auf die Willenserklärung geschützt sein sollte. Vielmehr ist es der Anwender, der vor der Übermacht der Hersteller zu schützen ist. Die tatsächliche Ausführung der Handlung wird

mit der Intention der Benutzung einer Sache und nicht mit dem Willen sich rechtserheblich zu äußern ausgeführt. Darüberhinaus ist in Anbetracht der Bewertung nach Treu und Glauben darauf abzustellen, daß gerade die Enter-Taste eine der am häufigsten zu benutzenden Tasten bei der Bedienung eines Computers ist. Als zentrales Element des Keyboards ist der Anwender regelrecht dazu gezwungen, diese Taste zu bedienen, selbst wenn er keinen Vertrag mit dem Hersteller schließen will.

Somit entspricht es auch nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Hersteller gerade die Bedienung einer solchen, zur allgemeinen Benutzung notwendigen Taste einseitig als Annahmeerklärung festlegt[205]. Das Vertrauen des Herstellers ist daher nicht schutzwürdig. Für den Anwender stellt sich die Betätigung der Enter-Taste als eine von ihm gewollte Nutzung, nicht jedoch als Annahmeerklärung eines Angebotes dar. Somit fehlt es bei den Enter-Vereinbarungen, in denen der Anwender eine bestimmte Taste drücken muß, mangels Geschäftswillens an einer Annahmeerklärung.

bbb. Schweigen

In den Fällen, in denen sich auf dem Bildschirm nach Starten des Programms ein Hinweis auf den Vertragsschluß befindet, dieser dann aber ohne eine Handlung des Anwenders verschwindet und der Anwender das Programm benutzen kann, soll die Annahmeerklärung durch einen fehlenden Widerspruch erklärt werden. Hierbei soll gerade das Schweigen des Anwenders den Vertragsschluß bewirken. Dies ist aber nur dann möglich, wenn ein Schweigen in diesen Fällen als eine Willenserklärung gewertet werden kann. Dies ist zwar streitig[206], aber generell kann man sagen, daß Schweigen nur dann als Willenserklärung angesehen werden kann, wenn die Parteien vereinbart haben, daß dieser Verhaltensweise eine bestimmte

---

[204] Der Hersteller ist zwar bei der Handlung nicht zugegegen, aber da die Programme ohne Drücken dieser Taste nicht funktionieren würde, kann er bei der Benutzung des Programms von einer solchen zuvor getätigten Handlung zu Recht ausgehen.

[205] Zu einem anderen Ergebnis kann man dann gelangen, wenn der Anwender nicht nur eine beliebige Taste drücken muß, sondern möglichst in einem Satz oder zumindest mehreren Worten seine Zustimmung zweifelsfrei über die PC-Tastatur eingeben kann.

[206] Verneinend Hanau in AcP 165, 220, 241 f; a.M. Canaris in Festschrift für Wilburg, 1975, 77, 78; Kramer in Jura 1984, 235, 238.

Bedeutung zukommen soll[207]. Demnach darf dem Schweigen vor allem nicht einseitig eine Bedeutung unterlegt werden, z.B. durch die Ankündigung in einem Vertragsangebot, Untätigkeit werde als Zustimmung gewertet[208]. Bei den Enter-Vereinbarungen besteht keinerlei vorheriger Kontakt zwischen dem Hersteller und dem Anwender. Eine gemeinschaftliche Vereinbarung hinsichtlich der Deutung eines Schweigens liegt nicht vor. Da der Hersteller dieses Schweigen auch nicht einseitig als Annahmeerklärung definieren kann, liegt in der widerspruchslosen Benutzung des Programmes keine Willenserklärung des Anwenders. Durch die bestimmungsgemäße Nutzung des Programms wird kein Zweitvertrag geschlossen.

Überdies wird in einzelnen Fällen im Gesetz eine Willenserklärung fingiert (§ 516 Abs. 2, 416 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das gleiche kann sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zwischen den Vertragsparteien ergeben, sofern diese miteinander in vertraglichen Beziehungen stehen oder solche anbahnen. Auch im Handelsrecht gilt Schweigen grundsätzlich nicht als Zustimmung, wenngleich hier mehr Ausnahmen vorkommen als im sonstigen Rechtsverkehr, da der Handelsverkehr auf schnelle Verständigung besonders angewiesen ist. Nach § 362 HGB muß ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, unverzüglich antworten, wenn ihm ein Antrag zur Besorgung von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht. Sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages (§ 362 Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB). Außerdem kann sich aus den Handelsbräuchen die Bewertung des Schweigens als Zustimmung ergeben. So gilt nach einer feststehenden Rechtsprechung regelmäßig die Nichtbeantwortung eines Bestätigungsschreibens als Zustimmung[209].

Bei den hier relevanten Enter-Vereinbarungen ergibt sich aber keine mit diesen Sachverhalten vergleichbare Ausgangslage. Eine Vertragsbeziehung besteht nur zwischen dem Softwarehändler und dem Anwender. Der Hersteller hat ausschließlich eine vertragliche Beziehung zu dem Händler. Durch diese Enter-Vereinbarung soll erst eine vertragliche Beziehung

---

[207] Brehm, BGB AT, Rz. 141; Musielak, BGB, Rz. 88; Brox, BGB AT, Rz. 201; Schwab, Zivilrecht, Rz. 445.
[208] Brehm, BGB AT, Rz. 139.
[209] Siehe nur Brehm, BGB AT, Rz. 147.

begründet werden. Auch bedarf es nicht der im Handelsrecht notwendigen schnellen Verständigung, die eine solche Wertung gebieten könnte.

Damit läßt sich zusammenfassend feststellen, daß kein Anhaltspunkt dafür besteht, bei den Herstellerverträgen von der grundsätzlichen Wertung, ein Schweigen im Rechtsverkehr nicht als Willenserklärung zu werten, abzuweichen. Durch die Nutzung eines Programms mit der hier beschriebenen Enter-Vereinbarung wird kein Zweitvertrag zwischen dem Hersteller und dem Anwender geschlossen.

ccc. Zwischenergebnis

Auch die Enter-Vereinbarungen sind kein adäquater Weg der Hersteller, um mit den nicht informierten Kunden einen Zweitvertrag abzuschließen. Ebenso wie bei den typischen Schutzhüllenverträgen kann sich eine andere Bewertung nur ergeben, wenn der Anwender zuvor in einer angemessenen Art und Weise auf die beabsichtigte Rechtsfolge seiner Handlung hingewiesen wird.

cc. Registrierkartenvereinbarungen

Schließlich ist die in der Praxis auch vielfach zu findende Methode der Registrierkartenvereinbarung zu erörtern. Bei dieser Art von Verträgen wird dem Softwarepaket eine Registrierkarte beigelegt, auf der die Vertragsbedingungen zumindest auszugsweise abgedruckt sind oder auf die durch einen Hinweis verwiesen wird. Diese Registrierkarte soll dann vom Anwender unterschrieben an den Softwarehersteller zurückgeschickt werden[210]. Inwiefern dies zum Vertragsabschluß führt, ist im folgenden zu klären.

---

[210] Vgl. oben. I. 3.

aaa. Annahmeerklärung

Bei den sogenannten Registrier- oder Returnkartenvereinbarungen stellen sich regelmäßig keine großen Probleme in Bezug auf die Annahmeerklärung des Anwenders dar, sofern dieser die vorgedruckte Karte mit der Unterschrift an den Hersteller zurücksendet[211]. Selbst wenn der Anwender die Karte unterschreibt, ohne sie zuvor zu lesen, und an den Hersteller zurückschickt, kann ein eventuell fehlender Geschäftswille nicht dazu führen, daß eine Willenserklärung nicht vorliegt. Vielmehr kann der Hersteller in diesen Fällen nach Treu und Glauben darauf vertrauen, daß der Anwender tatsächlich das Vertragsangebot annehmen wollte. Möchte der Anwender diese Erklärung nicht gegen sich gelten lassen, kann er diese nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten. Eine Übersendung der Registrierkarte an den Hersteller führt somit zu einem wirksamen Herstellervertrag[212].

bbb. Schriftformerfordernis

Etwas anders könnte sich aber ergeben, wenn es sich bei dem Käufer nicht um eine Privatperson, sondern um einen gewerblichen Anwender handelt.

Vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999[213] stand der Wirksamkeit eines Vertrages über Standardsoftware das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. entgegen, wonach Verträge, die Beschränkungen der in den §§ 16, 18, 20, 21 GWB bezeichneten Art enthielten, schriftlich abzufassen waren. Einschlägig war für

---

[211] Zumeist finden sich Formulierungen wie: "Unter der Bedingung, daß Sie diesen Vertrag unterschrieben an obige Adresse senden, gewähren wir Ihnen...", HEIMSOETH, Vertrag über die Nutzung des Programmpaketes; "When you open the package, you need to sign and return the Registration Card in order to become a registered user...", DIGITAL RESEARCH, Research Operating System End User License Agreement.

[212] Teilweise wird zwar behauptet, daß eine Annahmeerklärung bereits in der Entgegennahme und Benutzung des Softwarepaketes gesehen werden kann (Vgl. Augner, Vertragsschluß, 176; Bader, NJW 1976, 209, 211,die eine Übersendung der Kontrollkarte durch § 151 Satz 1 BGB für nicht mehr notwendig halten), aber der Hersteller zeigt durch seine Bedingungen, daß er auf den Zugang der Annahmeerklärung gerade nicht verzichten will.

[213] BGBl Teil I Nr. 59, ausgegeben zu Bonn am 2. September 1989.

Standardsoftwareverträge als Austauschverträge[214] mit Beschränkung der Verwendungs- und Abschlußfreiheit eines Vertragspartners über Waren und gewerbliche Leistungen, die von Unternehmen[215] abgeschlossen werden[216], ausschließlich § 18 GWB a. F.

Der Schriftform im Sinne des GWB bedurften diese Verträge aber immer nur dann, wenn sie wettbewerbsrechtliche Relevanz hatten. Dies war gegeben, wenn die Verwendungs- und Abschlußfreiheit des Vertragspartners durch eine in § 18 Abs. 1 Nr. 1-4 GWB aufgezählte Maßnahme beschränkt war. In Betracht kamen hier in der Regel die Nr. 1 und die Nr. 4, in Ausnahmefällen die Nr. 3.

Eine Beschränkung im Sinne des § 18 Abs 1 Nr. 1 GWB a. F. lag durch die eigentlich regelmäßig manifestierte Einfachnutzung der Software[217], sowie eines Veränderungsverbotes aufgrund einer Verwendungsbeschränkung vor, die das Ziel verfolgten, dem Anwender die Freiheit zu nehmen nach eigenem Belieben mit der Software zu verfahren[218]. Sofern diese Beschränkungen zu einer Einflußnahme des Herstellers auf den Vertriebsweg führten, fand § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB Anwendung[219].

In Betracht kam schließlich auch die Verwirklichung des Tatbestandes der Nr. 4, der die Beschränkungen behandelte, durch die der Erwerber des Programms verpflichtet werden sollte, auch andere, nicht sachlich oder

---

[214] Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei einem Softwareüberlassungsvertrag um einen Austauschvertrag über Waren und gewerbliche Leistungen, vgl. hierzu u.a. Bohlig in CR 86, 126, 128; Dörner/Jersch in IuR 88, 137, 141f Hoeren, Softwareüberlassung, Rz 75f; König in NJW 90 (Vertreter der Ansicht, daß Software Sachqualität im Sinne des § 90 BGB; Soergel in MüKo zu § 631, Rz 80; Möhring in GRUR 67, 269, 270; Moritz, Rz. 61; Ruppelt in CR 89, 107; Mühl in Soergel zu § 90, Rz 1; Tellis in BB 90, 500, 501; Moritz/Tybusseck, Rz 796f; LG Freiburg in CR 88, 829, 830 (Vertreter der Ansicht, Software sei ein immaterielles Gut).

[215] I.S.d. § 18 GWB a.F. fielen hierunter Softwarehäuser und –händler und Programmierer und Anwender, die gewerblich tätig sind.

[216] Vgl. von Gamm, Kartellrecht, § 18, Rz. 3 ff.

[217] Typische Klauseln lauten z.B. Für die Nutzung von Lizenzmaterial auf einer anderen als der bestimmten Maschine ist jeweils eine gesonderte Lizenz erforderlich, sofern nicht nachstehend anders geregelt (IBM Vertragsbedingungen, IBM Form 30675-6, 2.2.)

[218] Typische Klausel: Keine der auf der Originaldiskette enthaltenen Dateien darf verändert werden (Vgl. das Handbuch zu XPRO der Firma Langner Expertensysteme, Seite 5).

[219] Langen, § 18, Rz. 77.

handelsüblich zugehörige Waren oder gewerbliche Leistungen abzunehmen. Hinsichtlich der sachlichen Zugehörigkeit war im Rahmen dieser Norm darauf abzustellen, wie die Verkehrsauffassung, nicht der jeweilige Vertragspartner, die Sachlage bewertete[220]. Sachlich zugehörig sollte eine Sache nur dann sein, wenn das gekoppelte Gut für sich allein unvollständig war[221]. Da Software aber ein eigenständiges Gut, das auch ohne Hardware oder Serviceverträge vollständig ist[222], fiel auch eine Koppelungsregelung in den Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

Somit waren bisher Registrierkartenverträge zwischen Softwarelieferanten und gewerblichen Anwendern nur bei Einhaltung der in § 34 GWB a. F. geforderten Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB gültig. Zur Erfüllung der Schriftform hätte der Hersteller als Aussteller der Urkunde gemäß § 126 Abs. 1 BGB die Registrierkarte eigenhändig unterschreiben müssen. Eine Unterschrift erfolgt bei den Registrierkarten praktisch immer nur durch den Anwender vor Zurücksenden der Registrierkarte an den Hersteller, der der Software lediglich ein vorgefertigtes Druckerzeugnis als Registrierkarte anbeilegt. Somit führte die in der Regel vorliegende Mißachtung der Form zur Gesamtnichtigkeit des Softwareüberlassungsvertrages gemäß § 34 GWB i.V.m. § 125 Satz 1 BGB.[223].

Mit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 01.01.1999 ist das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. aufgehoben worden. Nur für Verlagserzeugnisse hat es gemäß § 15 Abs. 2 GWB n. F. noch Bestand. Folglich ist beim Abschluß eines Softwarevertrages über die Registrierkartenvereinbarung keine Schriftform im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB mehr zu beachten, weshalb seit diesem Zeitpunkt auch gewerbliche Anwender wirksame Zweitverträge durch Rücksenden der Registrierkarten abschließen.

Aufgrund fehlender Übergangsvorschriften, stellt sich lediglich die Frage, wie

---

[220] Langen, § 18, Rz. 93
[221] Ebenda. Rz. 94
[222] Siehe auch Sucker in CR 89, 468, 474; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 309.
[223] Vgl. BGH WUW/E BGH 1773, 1774; OLG Stuttgart in CR 89, 1712, 1713; Emmerich in Immenga/Mestmäker zu § 34, Rz. 107; Hesse, GRUR 1984, 324, 326 f.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 313.

die Registrierkartenverträge, die vor dem Inkrafttreten der GWB-Novelle am 0.1.01.1999 durch Absenden der Registrierkarte an den Hersteller unter Verstoß des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB a. F. geschlossen wurden und daher bisher nach § 125, Satz 1 BGB formnichtig waren, zu behandeln sind.

Grundsätzlich werden Verträge nicht dadurch wirksam, daß ein Nichtigkeitsgrund später wegfällt[224]. Es gibt dennoch, nach Inkrafttreten des neuen GWB, zumindest eine Meinung in der Literatur, die eine Wirksamkeit der zuvor nichtigen Verträge unter bestimmten Bedingungen herbeiführen möchte. *Kahlenberg*[225] überlegt, ob ein formnichtiger Vertrag dadurch nachträglich wirksam werden kann, daß er über den 01.01.1999 hinaus praktiziert bzw. vollzogen wird. Hierin sieht er die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß § 141 Abs. 1 BGB durch schlüssiges Verhalten, so daß der Vertrag jetzt wirksam sein soll.

Die entsprechenden Überlegungen und Argumente gelten aber regelmäßig nicht für Registrierkartenverträge. Auch *Kahlenberg* geht davon aus, daß in irgend einer Form der eigentlich formnichtige Vertrag jetzt weiter vollzogen bzw. praktiziert wird. Tatsächlich kann zwar davon ausgegangen werden, daß der Erwerber der Software diese auch weiterhin bestimmungsgemäß nutzt, nur steht ihm dieses Recht aufgrund des originären Vertrages über den Erwerb der Software, nicht hingegen aufgrund der Übersendung der Registrierkarte zu. Aus diesem Grund fehlt es gerade an dem Vollzug des Zweitvertrages, der durch die Registrierkarte geschlossen werden sollte.

Selbst wenn man dann die im Rahmen des § 141 BGB ohnehin notwendige, häufig aber wohl zumindest nicht existente Kenntnis der Nichtigkeit der Registrierkartenvereinbarungen vor dem 01.01.1999 einmal unterstellt, wird es aber zumeist an einer Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäftes fehlen. Obwohl anerkanntermaßen die Bestätigung auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann, muß dieses Verhalten aber für alle Beteiligten eindeutig als Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäftes zu verstehen sein[226].

---

[224] Heinrichs in Palandt zu § 141, Rz. 1.
[225] Vgl. Kahlenberg in DB, S. 1593, 1596.

Eine solche eindeutige Bestätigung liegt aber nicht vor. Der Erwerber der Software, der sich momentan, eventuell sogar nur zufällig, an den rechtlichen Vorgaben der Registrierkartenvereinbarung hält, bestätigt damit grundsätzlich nichts im Sinne der Softwarehersteller. Er gibt lediglich schlüssig zu erkennen, daß er die Nutzung der Software fortführen möchte, was aber ausschließlich im Zusammenhang mit dem Erwerbsvertrag, nicht hingegen mit dem Zweitvertrag steht. Solange durch seine Handlungen auch die Vorgaben der Registrierkartenvereinbarung eingehalten werden, wird dieses Verhalten praktisch juristisch ohnehin nicht zu überprüfen sein.

Praktisch relevant werden somit lediglich die Fälle, in denen gegen die in den Registrierkartenvereinbarungen aufgestellten Grundsätze verstoßen wird. Sofern dies aber der Fall ist, kann schon begriffsnotwendig nicht von einer eindeutigen Bestätigung der rechtlichen Einschränkungen ausgegangen werden. Praktisch wird deshalb eine Bestätigung einer nichtigen Registrierkartenverinbarung im Sinne des § 141 BGB nicht in Betracht kommen.

Somit ist festzuhalten, daß nichtige Registrierkartenverträge nicht mit Inkrafttreten der GWB-Novelle gültig werden. Registrierkarten die ab dem 01.01.1999 an den Hersteller geschickt werden, führen zu einem wirksamen Zweitvertrag, auch wenn es sich bei den Erwerbern um gewerbliche Anwender handelt.

ccc. Zwischenergebnis

Registrierkartenvereinbarungen sind die derzeit sicherste Möglichkeit für die Softwarehersteller, einen wirksamen Zweitvertrag mit den Erwerbern ihrer Produkte zu schließen, wobei es seit der Novellierung des GWB keinen Unterschied mehr macht, ob es sich um private oder gewerbliche Anwender handelt.

c. Ergebnis

Für den Abschluß des selbständigen Vertrages beim Erwerb der Software im

---

[226] Heinrichs in Palandt a.a.O. m.w.N.

Geschäft des Händlers ist als Ergebnis folgendes festzuhalten:

Ein Vertragsschluß kommt weder dadurch zustande, daß in den Händler–AGB auf den Hersteller als eigentlichen oder zusätzlichen Vertragspartner hingewiesen wird, da dies als überraschende Klausel gegen das AGBG verstößt, noch über den Händler als Stellvertreter, es sei denn der Händler hat in einer angemessenen Form auf den Hersteller als den eigentlichen bzw. weiteren Vertragspartner hingewiesen und kann dies beweisen.

Schutzhüllenverträge und Gebrauchsverträge werden heute regelmäßig nicht durch tatsächliche, physikalische Handlungen der Anwender geschlossen. Wenn aber zukünftig die Anwender in angemessener Form auf die rechtliche Wirkung ihres Handelns hingewiesen werden sollten oder sich eine Verkehrssitte etabliert, könnte sich eine Änderung ergeben.

Registrierkartenverträge sind neben einem ausdrücklichen und eindeutigen Hinweis durch den Händler derzeit die einzige Form der Herstellerverträge, die zu einem wirksamen Zweitvertrag führen können. An der Wirksamkeit bestehen nach Inkrafttreten der Neufassung des GWB am 01.01.1999 auch keine Bedenken mehr bezüglich gewerblicher Anwender, so daß es keinen Unterschied mehr macht, ob der Registrierkartenvertrag mit einer Privatperson oder mit einem gewerblichen Anwender geschlossen wird.

V. Rechte des Herstellers

Aufgrund dessen, daß zum jetzigen Zeitpunkt Herstellerverträge mit den Anwendern regelmäßig nicht wirksam zustande kommen, bestehen Ansprüche des Herstellers nur gegenüber seinem Vertragspartner, dem jeweiligen Softwarehändler. Problematisch und in der Praxis mit großen Schwierigkeiten behaftet bleibt die genaue Bestimmung des jeweiligen Schadens. Dies führt auf Seiten der Hersteller zu dem Nachteil, daß sie die Einhaltung ihrer Bedingungen nicht aufgrund eines bestehenden Vertragsverhältnisses erzwingen können. Da die Hersteller aber regelmäßig

ihre Händler anweisen werden[227], die Kunden auf die Besonderheiten des Standardsoftwarevertrages ausdrücklich und eingehend hinzuweisen, stellt sich folglich die Frage, ob dadurch Vertragsbeziehungen unwirksam geworden sind, oder ob die Hersteller Ansprüche gegen den Händler oder sogar gegen den Anwender haben.

1. Dissens

Die Hersteller gehen bei einem Vertrieb durch Händler davon aus, daß diese die Anwender auf die besondere Art des Vertragsschlußes mit der Folge von Nutzungsbeschränkungen und anderen Bedingungen hinweisen. Deshalb stellt sich im Falle der Zuwiderhandlung der Händler die Frage, ob nicht ein Dissens in Bezug auf die vertraglichen Abreden zwischen Hersteller und Händler vorliegt, der jedwede Vertragsbeziehung unwirksam werden läßt. Wenn aber eine Vertragspartei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt, liegt kein Dissens, sondern eine bloße Mißachtung einer Verpflichtung des Händlers vor[228].

Auch innerhalb der vertraglichen Vereinbarung von Händler und Anwender kann man keinen Dissens annehmen. Beide Parteien waren sich über alle notwendigen Punkte des Kaufvertrages einig, so daß an der Wirksamkeit des Vertrages keine ernstlichen Zweifel bestehen.

2. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Durch die Zuwiderhandlung kann der Händler aber die Geschäftsgrundlage zwischen sich und dem Hersteller zerstört haben, so daß hier ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegen könnte.

---

[227] Dies soll hier zumindest unterstellt werden. Wenn die Hersteller jedoch keinen Hinweis an die Händler gegeben haben, können diese auch keine Schadensersatzverpflichtung wegen Nichtbeachtung der Nebenleistungspflichten tragen müssen.

[228] Siehe unten VII. 2.a.

Das Institut der Geschäftsgrundlage[229] ist zur Schließung der sowohl im Vertrag als auch im Gesetz existierenden Lücke hinsichtlich des Einflusses andersliegender oder veränderter Umstände auf einen bereits geschlossenen Vertrag entwickelt worden[230]. Die Rechtsprechung berücksichtigt die Änderung und den Fortfall der Geschäftsgrundlage, wenn mit Rücksicht auf den Geschäftszweck dem Verpflichteten das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann[231]. Begrifflich spricht man von Geschäftsgrundlage, wenn ein Umstand vorliegt, dessen erhebliche Bedeutung für den Vertrag aus dem Willen der Beteiligten oder dem Vertragszwecke erkennbar ist, der als sicher bestehend vorausgesetzt und nur wesentlich nicht als Bedingung Vertragsinhalt wurde, oder wenn sich der Vertragspartner auf die Fixierung des Umstandes als Vertragsbedingung bei Vertragsschluß redlicherweise hätte einlassen müssen[232].

Hier haben sich die Vertragsparteien auf den Punkt der Hinweispflicht durch den Händler explizit geeinigt. Da sich auch keine weiteren Umstände erheblich verändert haben, liegt der Anwendungsfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht vor, wenn eine Partei schlichtweg eine einzelne ausdrückliche Vertragsbedingung nicht einhält.

3. Vertragliche Ansprüche gegen den Händler

Durch die Verletzung der Verpflichtung des Händlers, den Anwender auf die Bedingungen des Herstellers hinzuweisen, hat der Händler gegen eine vertragliche Verpflichtung verstoßen[233]. Sofern innerhalb des Vertrages ein Schadensersatz für Vertragsverletzungen vereinbart ist, hat der Hersteller

---

[229] Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921.
[230] Köhler in JA 1979, 498 ff.
[231] BGHZ 2, 188; OGHZ 1, 62, 71; 1, 394; RGZ 141, 216; 160, 257.
[232] Medicus, Bürgerliches Recht, § 7 III 1; Der BGH hebt dabei vor allem die beiden ersten Gesichtspunkte hervor - BGH in WM 1978, 322: "Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluß zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Partein oder die dem Geschäftsgegener erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder dem Fortbestand gewisser Umstände, auf denen der Vertragswille sich aufbaut ..."

hiermit einen Anspruch gegen den Händler. Empfehlenswert ist dabei eine Schadenspauschalierung[234], da es sonst schwer werden kann, den eingetretenen Schaden zu beziffern[235].

4. Anspruch aus pVV gegen den Händler

Um zu einem Anspruch nach dem gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstituts der pVV[236] zu gelangen, muß eine schuldrechtliche Leistungspflicht verletzt sein[237]. Die Verpflichtung, den Anwender des Programms auf den noch zu schließenden Vertrag hinzuweisen, ist eine schuldrechtliche Verpflichtung, die vom Händler bei Nichtbeachtung verletzt ist.

Für die Annahme einer pVV muß eine objektive Pflichtverletzung des Schuldners oder seines Erfüllungsgehilfen gegeben sein. Dazu notwendig ist ein Verschulden. Der Verschuldensmaßstab ergibt sich aus § 276 BGB, wonach Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind. Wenn der Händler es persönlich unterläßt, einen Kunden - seinen Vertragsbedingungen mit dem Hersteller entsprechend - auf die Notwendigkeit eines weiteren Vertragsschlusses hinzuweisen, so ist dies genauso die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB), wie wenn die jeweiligen Erfüllungsgehilfen diesen Hinweis unterlassen (§ 278 Satz 1 BGB)[238]. Damit erbringt der Händler die ihm obliegende Leistung derart, daß der obligationsmäßige Leistungserfolg geschmälert wird und das Erfüllungsinteresse des Herstellers beeinträchtigt ist und so einen Schaden bei diesem verursacht. Die Schlechterfüllung des Händlers verpflichtet ihn

---

[233] Natürlich nur unter der Bedingung, daß dies tatsächlich und ausdrücklich innerhalb des Vertrages zwischen Hersteller und Händler vereinbart worden ist, was hier aber unterstellt werden soll.
[234] Dabei ist aber die Entscheidung des BGH vom 27.11.1990 zu beachten, wo eine Schadenspauschale in den "Besonderen Vertragsbedingungen (der öffentliche Hand) für die Überlassung von DV-Programmen" nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam erklärt wurde - BGH in NJW 1991, 976.
[235] Siehe auch unten, VI. 1. b.
[236] Siehe statt vieler Fikentscher, Schuldrecht, § 47 I, 1
[237] Fikentscher, Schuldrecht, Rz. § 47 II
[238] Grundlegend BGHZ 11, 80, 83 ff.

zum Ersatz des eigentlichen Schlechterfüllungsschadens[239].

Demnach ist Ersatz der subjektiven Wertdifferenz von Gut- und Schlechterfüllung, vorrangig in natura, und falls dies, wie vorliegend[240], nicht möglich ist, in Geld nach §§ 249 ff BGB zu leisten. Zwar kann der Anspruch aus pVV auch zu einem Rücktrittsrecht des Herstellers vom Vertrag führen[241], nur hat diese Möglichkeit keinen praktischen Vorteil für den Hersteller, da er dadurch den Vertrag zwischen Händler und Anwender nicht mehr beeinträchtigen kann. Damit hat der Hersteller einen Schadensersatzanspruch gegen den Händler, wobei aber die genaue Bestimmung des Schadens die eigentliche Schwierigkeit darstellt[242].

5. Anspruch aus c.i.c. gegen den Anwender

Der Hersteller kann einen Anspruch aus c.i.c. gegen den Anwender des Programms haben, wenn diese gewohnheitsrechtlich, rechtsanalog oder aus den Grundsätzen von Treu und Glauben anerkannte Anspruchsgrundlage[243] für die Fälle der Schutzhüllenverträge einschlägig ist.

Ansprüche aus culpa in contrahendo beruhen auf einem vorvertraglichen Schuldverhältnis[244]. Dabei sind verschiedene Fallgruppen von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden[245]. Im Fall der hier einschlägigen Softwareüberlassung wäre lediglich ein Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne sachlichen Grund durch den Anwender des Programms in Betracht zu ziehen[246]. Obwohl die Parteien grundsätzlich die Freiheit haben, einen Vertrag abzuschließen oder nicht[247], umfaßt diese Freiheit nicht einen sogenannten Abbruch von Vertragsverhandlungen. Dafür

---

[239] Fikentscher, Schuldrecht, § 47 III
[240] Der Anwender hat einen Vertrag mit dem Händler, auf den der Hersteller jetzt nicht mehr unmittelbar eingreifen kann. Eine Möglichkeit den Anwender jetzt noch an die Bedingungen zu binden, besteht ohne eine Gegenleistung nicht.
[241] Fikentscher, Schuldrecht, § 47 III 1 cRz. 402.
[242] Siehe unten, VI.1.b.
[243] Siehe nur Fikentscher, Schuldrecht, § 20 II 2 .
[244] Fikentscher, Schuldrecht, § 20 II 2
[245] Siehe die verschiedenen Fallgruppen bei Fikentscher, Schuldrecht, § 20 III .
[246] Fikentscher, Schuldrecht, § 20 III 2 .
[247] Fikentscher, Schuldrecht, § 21 IV .

muß aber neben einer schon eingetretenen Vertragsverhandlung auch ein Vertrauen des Vertragspartners auf das Zustandekommen eines Vertrages erweckt worden sein[248]. Dieses Vertrauen muß kausal für die Vermögensdisposition der anderen Partei geworden, und der Abbruch der Verhandlungen ohne sachlichen Grund erfolgt sein[249].

Eine solche Konstellation liegt bei einem Schutzhüllenvertrag gerade nicht vor. Der Hersteller gibt zwar ein Angebot zum Abschluß eines Vertrages durch die in der Folie enthaltenen Bedingungen ab, nur reagiert der Anwender regelmäßig überhaupt nicht darauf. Von Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinne kann also keine Rede sein. Auch hat der Hersteller nicht erst aufgrund irgendwelcher Verhandlungen über sein Vermögen verfügt, sondern er hat das jeweilige Programm schon zuvor an einen Händler weitergegeben, der dieses wiederum schon vor dem Zugang des Angebots des Herstellers an den Anwender übertragen hat. Damit könnte, selbst wenn der Anwender in Vertragsverhandlungen eintreten sollte, das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages nicht kausal für die eigentliche Vermögensdisposition des Herstellers sein. Ein Anspruch des Herstellers gegen den Anwender nach den Grundsätzen der c.i.c. ist nicht gegeben.

6. Ergebnis

Der Hersteller kann weder gegen den Händler Ansprüche aufgrund eines Dissens oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, noch gegen den Anwender aus c.i.c. geltend machen. Ist aber ein Schadensersatz für Vertragsverletzungen vereinbart, kann dieser geltend gemacht werden. Ebenso besteht ein Anspruch aus pVV. Problematisch stellt sich die Bezifferung des Schadens dar. Daher ist es empfehlenswert eine vertragliche Schadenspauschalierung zu vereinbaren.

---

[248] Fikentscher, Schuldrecht, § 20 III2 .
[249] BGHZ 71, 395; BGHZ 76, 349; BGHZ 92, 175.

VI. Direkter Vertragsschluß zwischen Hersteller und Anwender

Die Überlassung von Standardsoftware findet zwar regelmäßig nicht zwischen dem Hersteller und dem Anwender statt, jedoch kommt dieser Direktverkauf auch vor, was eine entsprechende rechtliche Stellungnahme bezüglich dieser Situation gebietet. Der grundlegende Unterschied zu der Überlassung durch Softwarehändler liegt darin, daß es sich bei der hier zu erörternden Sachlage um ein Zwei- und nicht um ein Dreipersonenverhältnis handelt. Hierdurch kommt es zu einer grundlegend anderen Situation für den Hersteller. Als direkter Vertragspartner kann er mit dem Anwender den Vertrag zu seinen Bedingungen schließen.

Sofern der Softwarehersteller aber bereits bei dem Angebot[250] zur Überlassung der Standardsoftware auf die einzelnen Bedingungen[251] hingewiesen und der Anwender dieses Angebot angenommen hat, liegt ein wirksamer Vertrag einschließlich der jeweiligen Beschränkungen[252] vor. Dabei ist es rechtlich unerheblich, ob es sich um einen Vertrag unter Anwesenden oder Abwesenden handelt. Der Anwender erhält in aller Regel nur ein einfaches Nutzungsrecht an der Software, wobei dies mindestens dem Umfang des § 69 c UrhG entsprechen muß. Der Hersteller bleibt bei dieser Vertragsgestaltung in der Regel Eigentümer des Programms[253]. Welche Ansprüche des Herstellers sich damit im Rahmen dieser Vertragsgestaltung gegen den Anwender ergeben, wenn dieser gegen die Beschränkungen verstößt und das Programm nicht nur im Rahmen der bestimmungsgemäßen Nutzung einsetzt, ist im folgenden zu klären.

---

[250] Dabei kann es, da rechtlich unerheblich, dahinstehen, ob eventuell der Anwender das erste Angebot auf die Invitatio ad offerendum des Herstellers abgegeben hat und die Annahme, verbunden mit der Erweiterung durch Nutzungsbeschränkungen durch den Hersteller gemäß § 155 Abs. 2 BGB als neues Angebot zu werten ist, oder ob der Hersteller tatsächlich das erste Angebot abgegeben hat.

[251] Weitergabeverbote, Einfachnutzung, Veränderungsverbote etc.

[252] Immer vorausgesetzt, daß diese Beschränkungen auch rechtlich, insbesondere im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB, wirksam geworden sind, wobei dies aber nicht Gegenstand der Überprüfung sein soll.

[253] Dabei kann es hier dahinstehen, ob es sich dann um einen Miet-, Pacht- oder anderweitigen Überlassungsvertrag handelt.

1. Ansprüche des Herstellers gegen den Anwender bei wirksamen Einbezug der AGB des Herstellers

Als Ansprüche des Herstellers gegen den Anwender kommen solche aus Vertrag, PVV oder auch dingliche in Betracht.

a. Ansprüche des Herstellers aus Vertrag

Wenn sich bereits aus dem Vertrag, oder aber aus dem dispositiven Recht des entsprechenden Vertragstypes Schadensersatzansprüche ergeben, kann der Hersteller diese bei einer Pflichtverletzung durch den Anwender geltend machen. Empfehlenswert ist dabei jedenfalls eine Schadenspauschalierung, da im Einzelfall der tatsächliche Schaden nur schwer nachzuweisen sein dürfte[254].

b. Ansprüche des Herstellers aus pVV

Überdies kommt im Falle einer Regelungslücke auch die Anwendung des gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstituts der pVV[255] in Betracht. Anknüpfungspunkt für einen in Frage kommenden pVV-Anspruch des Verwenders ist die durch die Nutzungsabsprache bestimmte Unterlassens- bzw. Verhaltenspflicht des Anwenders. Verletzungen treten dabei dergestalt auf, daß der Anwender entgegen der vereinbarten Nutzungsbeschränkung das Programm gleichzeitig auf mehreren EDV-Anlagen benutzt, oder eine Programmkopie weiterveräußert. Der "Schaden" des Softwaregebers liegt dann in dem entgangenen Verkaufserlös der Programme, die für diese unerlaubte Nutzung andernfalls hätten angeschafft werden müssen. Wenn dann eine wirksame Schadenspauschale vereinbart ist, hat der Softwaregeber einen Anspruch auf Zahlung dieses Betrages.

Sollte eine solche Vereinbarung aber nicht getroffen worden sein, bedarf es der Klärung, ob die "Raubverwertung" einen Schaden beim Softwaregeber verursacht hat. Entgegen einiger Bestimmungen, wie zum Beispiel die §§ 97

---

[254] Siehe unten, VI.1.b.
[255] Siehe statt vieler Fikentscher, Schuldrecht, § 47 I 1 .

Abs. 1 Satz 2 UrhG, 61 Abs. 1 Satz 1 2. HS HGB, 816, 987 BGB, die zur Schadenskompensation den Zugriff auf den Erlös oder die Gebrauchsvorteile ermöglichen, ist in den §§ 249 ff BGB keine, den Schadensersatzanspruch modifizierende, Regelung enthalten. Der Schaden muß sich vielmehr als Folge der Pflichtverletzung darstellen. Dabei ist der hier in Betracht kommende entgangene Gewinn nach § 252 Satz 1 BGB ersatzfähig.

Problematisch stellt sich jedoch die Bestimmung des eingetretenen Schadens dar. Ein konkreter Schadensnachweis[256] kann nur geführt werden, wenn belegt wird, daß der Anwender, der eine Raubkopie benutzt, dasselbe Programm als Originalkopie gekauft hätte. Da dieser Nachweis praktisch nicht führbar sein wird, kommt die Berechnung eines konkreten Schadens faktisch nicht in Betracht.

Bei der abstrakten Schadensberechnung ergeben sich ebenfalls erhebliche Schwierigkeiten und Probleme. Aufgrund der Beweiserleichterung[257] des § 252 Satz 2 BGB, ist bei der abstrakten Schadensberechnung auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen[258]. Der einzige in Frage kommende Schaden ist die unterbliebene Möglichkeit der zusätzlichen Veräußerung einer Originalkopie durch den Softwaregeber. Für die Anwendung des § 252 Satz 2 BGB muß aber desweiteren eine Tatsache vorliegen, die die Vermutung oder Annahme rechtfertigt, daß dieser Schaden bei gewöhnlichem Lauf der Dinge gerade nicht eingetreten wäre. Eine solche Vermutung kann nur dann angenommen werden, wenn es sich bei dem Softwaregeber um ein marktbeherrschendes, oder besser sogar um das einzige Unternehmen handelt, welches ein entsprechendes Programm vertreibt. Andernfalls kann zwar laienhaft vermutet werden, jede Raubnutzung könne als entgangene Veräußerung der Softwareindustrie insgesamt gesehen werden, ein entgangener Gewinn des einzelnen Softwareherstellers kann daraus hingegen nicht mit der Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB konstruiert werden.

Dieser Schadensnachweis wäre dann entbehrlich, wenn ein Zugriff des Softwaregebers auf den durch die Weitergabe der Raubkopie erzielten

---

[256] Dieser wird nicht durch § 252 Satz 2 BGB ausgeschlossen, siehe Grunsky in MüKo, § 252, Rz. 9

[257] BGHZ 29, 399; 74, 224; BGH in NJW 83, 758.

[258] Heinrichs in Palandt zu § 252, Rz. 7.

Erlös[259], oder aber auf die ersparten Aufwendungen durch die Mehrfachnutzung[260] möglich wäre[261].

Sollte der Schaden jedoch bestimmbar oder pauschaliert vereinbart worden sein, bedarf es weiterhin der Prüfung des Verschuldens. Solange es sich um einen individuellen Softwareanwender handelt, wird die Verschuldensfrage unproblematisch zu bejahen sein, da regelmäßig nur dieser mit dem Programm arbeitet und die Beschränkungen verletzt. Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn nicht der Softwarekäufer selbst, sondern dessen Personal oder Vertreter gegen Nutzungsbeschränkungen verstoßen. Unabhängig von der Frage, ob § 278 BGB oder § 276 BGB einschlägig ist[262], hat der Erwerber sich verpflichtet, die Nutzungsbeschränkungen zu beachten. Somit obliegt es ihm, seinem Personal oder seinen Vertretern die Beschränkungen mitzuteilen und die Einhaltung dieser Beschränkungen zu kontrollieren und zu überwachen. Unterläßt er diese Obliegenheit, so muß er sich die Raubverwertungen seines Personals gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Die Grenzen dieser Zurechnung bestimmen sich mit der herrschenden Meinung danach, ob ein Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen in Ausführung, oder aber nur bei Gelegenheit der Erfüllung vorliegt[263]. Damit haftet der Softwarekäufer nicht für die Raubverwertungen, die dessen Personal in eigenem Interesse durchgeführt hat.

Diese Wertung ist aus verschiedenen Gründen angemessen. Ein Programm läßt sich in einer sehr kurzen Zeit vervielfältigen, so daß schon dadurch die faktische Unkontrollierbarkeit durch den Softwarekäufer offenbart wird. Darüberhinaus würde eine allumfassende Haftung für jedwede Raubverwertung faktisch auf eine Garantiehaftung des Softwarekäufers

---

[259] Dieser Erlös bleibt aber in den Fällen der unentgeltlichen Weitergabe immer noch ohne zählbaren Wert. In solchen Fällen müsste, wie bei der mehrfachen Eigennutzung, auf die Ersparnis beim Bedachten abgestellt werden, wobei die Originalsumme, abzüglich eines Preises für die nicht gelieferten Sachen wie Diskette und Dokumentation angemessen erscheinen.

[260] Ersatz der "Nutzungsgebühr" aufgrund fingierten Erwerbs; so auch Malzer, Softwarevertrag, Seite 204.

[261] Behandelt man Software als Immaterialgut ist zu beachten, daß diese Rechtsfolge auch bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten nach herrschender Meinung ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt ist, BGH in NJW 73, 800; BGH in NJW 72, 102.

[262] Letztere Norm gilt dann, wenn die Raubverwertung auf Anweisung, mit Wissen und/oder Duldung des Softwarekäufers erfolgt.

hinauslaufen. Eine fehlerfreie Überwachung der vertraglich einbezogenen Nutzungsbeschränkungen kann ihm daher nicht auferlegt werden. Eine derartige Abwälzung des Softwaregeberrisikos auf den Erwerber ist nicht mit dem Sinn und Zweck eines Kaufvertrages vereinbar. Daher kann der Erwerber auch nicht für alle Raubverwertungen haften müssen.

Sollte durch eine Raubverwertung ein Schaden beim Softwaregeber festgestellt und bestimmt werden können, muß der Softwarekäufer im Falle des Verschuldens der Raubverwertung diesen Schaden nach den Grundsätzen der pVV ausgleichen[264].

c. Dinglicher Anspruch des Herstellers

Sofern der Hersteller kraft vertraglicher Vereinbarung Eigentümer des Programms geblieben ist, kann der Hersteller neben einem Anspruch aus pVV wegen der Verletzung der Nutzungsbeschränkungen auch einen Anspruch auf Herausgabe der jeweiligen Raubkopien nach § 985 BGB haben.

Dann muß der Softwaregeber aber auch der Eigentümer der Raubkopie sein. Das Eigentum des Softwaregebers an der Originalkopie ist gegeben. Die nun neu mit den Daten versehene Leerdiskette hingegen, stand zumindest bis zur Abspeicherung der Daten im Eigentum des Raubkopierers. Trotzdem kann sich das Eigentum des Softwargebers an der Raubkopie inkl. der Diskette ergeben, wenn durch die Vervielfältigung eine neue bewegliche Sache im Sinne des § 950 BGB hergestellt worden ist[265].

Dann muß die Raubkopie eine "neue Sache" im Sinne dieser Norm sein. Zwar hat sich bis heute kein einheitlicher Maßstab dafür herausgebildet, wann eine neue Sache vorliegt[266], aber weitgehend hat man sich darauf verständigt, auf die Verkehrsanschauung abzustellen[267], wobei ein wirtschaftliches

---

[263] Löwisch in Staudinger zu § 278, Rz. 24 ff m.w.N.
[264] Zu den detailierten Problem der Raubverwertung des Zweiterwerbers siehe nur Malzer, Softwarevertrag, 208 ff.
[265] Quack in MüKo zu § 950, Rz. 5.
[266] Wiegand in Staudinger zu § 950, Rz. 9.
[267] Ebenda; Hefermehl in Erman zu § 950, Rz. 2; Rothkegel, Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 75; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 53 b II 1; kritisch hingegen Otte in

Verständnis vorausgesetzt wird[268]. Als wichtiges Abgrenzungskriterium innerhalb der Verkehrsauffassung wird die jeweilige Bezeichnung und der Name gesehen, da dies allgemein auf eine neue Sache schließen läßt[269]. Wenn die Verkehrsanschauung nicht alleine zur Bestimmung ausreicht, sind nach der Rechtsprechung des BGH[270] auch wirtschaftliche Gesichtspunkte heranzuziehen.

Im Falle einer Raubkopie ergibt sich folgendes Bild. Vor dem Vervielfältigungsakt handelt es sich bei der Diskette um ein relativ wertloses physikalisches Medium, allgemein Leerdiskette genannt. Sobald aber die Vervielfältigung stattgefunden hat, spricht die allgemeine Verkehrsauffassung von einem Programm oder von Software. Durch die neue Namensgebung kann schon auf eine neue Sache geschlossen werden. Aber auch der vom BGH zusätzlich, und von *Otte*[271] ausschließlich geforderte wirtschaftliche Vergleich, kann nur zu demselben Ergebnis führen. Die Leerdiskette mit einem Wert von ca. 2,- DM hat sich in Software verwandelt, die einen vielfachen Wert des ursprünglichen Produktes hat. Nicht nachvollziehbar ist deshalb auch die Ansicht von *Quack*[272], nach der "neue Sachen" nicht durch elektromagnetische Aufzeichnungen entstehen können. Das Argument unproblematischer Löschung oder Weiterübertragung der Daten vermag nicht zu überzeugen.

Zum einen würde die konsequente Anwendung dieser Argumentation dazu führen, daß der Dichter, der auf leere Blätter ein kurzes Gedicht mit Bleistift schreibt schon deshalb keine neue Sache herstellt, weil man die Eintragungen schnell wieder ausradieren kann. Rein tatsächlich handelt es sich jedoch um die Herstellung eines literarischen Werkes. Zum anderen unterstellt diese Meinung, daß die neue Sache notwendigerweise von einer gewissen Endgültigkeit sein muß. Hierfür ergeben sich aber keinerlei Ansatzpunkte im Gesetz. Gleichzeitig ist *Quack* ein eigenes Argument entgegenzuhalten. Er nimmt eine neue Sache dann an, wenn Papierbögen zusammengebunden

---

JuS 70, 154 f, der für eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise, und die Beurteilung von Fall zu Fall" eintritt.

[268] BGH in NJW 91, 2570.

[269] Baur/Stürner, Sachenrecht, § 53 b II 1 b.

[270] BGH in NJW 78, 697.

[271] Otte in JuS 1970, 154 f.

[272] Quack in MüKo zu § 950, Rz. 10.

werden, so daß ein Buch entsteht. Hier liegt nach diesseitigen Erachtens eine geringerwertigere Änderung vor, als im Falle einer Raubkopie bei Software. Die Bögen waren auch vor dem Binden als Medium in der Lage Informationen weiterzugeben, nicht so die Leerdiskette. Darüberhinaus kann aber auch der Einband wieder mit einem einfachen Schnitt abgetrennt werden. Somit ist ein Buch, genauso wie Software, wieder trennbar. Auf eine Endgültigkeit kann bei der Bestimmung der neuen Sache mithin nicht abgestellt werden[273]. Ob der Vorgang in irgendeiner Weise wieder rückgängig gemacht werden kann, spielt mithin keine Rolle[274].

Auch die weitere Argumentation von *Quack*, daß auf die traditionellen graphischen Techniken abzustellen sei, und daher das Zuordnungsproblem des § 950 BGB nicht auf elektromagnetische Aufzeichnungen übertragbar sei[275], ist nicht nachvollziehbar. Wie auch von ihm zutreffend erkannt wird, besteht der Grundgedanke des § 950 BGB in der Lösung eines Zuordnungkonfliktes[276]. Wenn sich in der Vergangenheit Zuordnungskonflikte nur bei traditionellen graphischen Techniken ergeben haben, liegt dies auch darin begründet, daß die Möglichkeit der elektromagnetischen Aufzeichnungen eine technische Erneuerung ist, die früher eben noch nicht zur Anwendung gelangte. Sobald man aber "neue Sachen" nach der Verkehrsanschauung bestimmt[277], ist es inkonsequent, auf traditionelle Techniken abzustellen. Gerade die Definition anhand der Verkehrsanschauung soll garantieren, daß technische, wirtschaftliche oder soziale Komponenten der Gegenwart zur Bestimmung mitherangezogen werden. Ließe man diese Veränderungen außer Betracht, könnte das Gesetz im Rahmen der technischen Weiterentwicklung in vielen Fällen nicht mehr zur Anwendung gelangen. Genau diese Tatsache soll jedoch durch Auslegungen anhand einer Verkehrsanschauung gesichert werden. Somit bestehen keine ernstlichen Bedenken, bei der durch Raubkopie entstandenen Software eine neue Sache im Sinne des § 950 BGB anzunehmen.

Diese neue Sache muß aufgrund eines Herstellungsprozesses entstanden

---

[273] Andernfalls müssten alle für den Verbrauch hergestellten Waren ebenfalls aus dem Sachbegriff herausfallen, wie z.B. Lebensmittel, Tabakwaren etc.
[274] So auch Wiegand in Staudinger, zu § 950, Rz. 2.
[275] Quack in MüKo, a.a.O.
[276] Quack in Müko zu § 950, Rz. 1.

sein. Hierbei sind die Verarbeitung und Umbildung schon ausdrücklich als Herstellungstatbestände festgeschrieben. Dabei stellt sich im wesentlichen die Frage, wer Hersteller der neuen Sache ist. Nach § 950 BGB ist die Tätigkeit dadurch qualifiziert, daß sie zur Herstellung einer neuen Sache geführt haben muß[278]. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Herstellerqualität demjenigen zukommt, der die Entstehung des neuen Wirtschaftsgutes bewirkt hat[279]. Mithin kommt es darauf an, wer nach der Verkehrsanschauung den entscheidenden Ursachenbeitrag für die Entstehung der neuen Sache gesetzt hat. Nach § 950 BGB ist also der als Hersteller anzusehen, der die Veränderung am Ausgangsstoff maßgeblich verursacht hat[280]. Dabei ist es von wesentlicher Bedeutung, zu wessen wirtschaftlichem Interesse die Herstellung erfolgt[281]. Derjenige, dem nach der Verkehrsanschauung die "Urheberschaft"[282] an der neuen Sache zukommt, ist auch die Herstellerperson im Sinne des § 950 BGB, weil gerade dieser die Veränderung am Ausgangsstoff vornimmt, die die Neuheit der Sache ausmacht[283]. Nicht abzustellen ist auf die unmittelbare Verarbeitungstätigkeit, sondern darauf, ob jemand für einen objektiven Dritten, der mit allen Verhältnissen vertraut ist, als Hersteller anzusehen ist[284]. Hersteller ist also nicht ein Betriebsangestellter, sondern der Inhaber des Unternehmens[285]. Wenn ein Schriftsteller einen Roman diktiert, ist er der Hersteller des literarischen Werkes, nicht hingegen die Person, die die eigentliche Schreibleistung erbringt.

Deshalb kann für die Raubkopie von Software nichts anderes gelten. Wenn der Softwaregeber die unbegrenzte Vervielfältigung mit der Maßgabe zuließe, daß alle Kopien für ihn produziert würden, bestünde dasselbe Verhältnis zwischen ihm und den Kopierenden, wie innerhalb einer Firma zwischen dem

---

[277] Dem stimmt Quack auch zu, in MüKo zu § 950, Rz. 7.
[278] Mot. III, Seite 360.
[279] Rothkegel, Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 74 f.
[280] Rothkegel benutzt den Begriff des "Urhebers"; 74 f.
[281] Bassenge in Palandt zu § 950, Rz. 4.
[282] In einem nicht urheberrechtsgesetzlichem Sinn.
[283] Ebenso Rothkegel, a.a.O.; im Ergebnis ähnlich: die Zurechnungstheorie, wonach der Hersteller ist, der den Herstellungsvorgang unter Übernahme des wirtschaftlichen Risikos steuert. - Kaysers, Verwendungsersatzanspruch des Besitzers, 119.
[284] Bassenge in Palandt zu § 950, Rz. 4; BGH in NJW 91, 1480, 1481; Im Ergebnis ebenso: Rothkegel, Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 74 ff.
[285] Palandt, a.a.O.

Inhaber und den ausführenden Organen. Zwar läßt der Softwaregeber diese Vervielfältigungen gerade durch seine Nutzungsbeschränkungen nicht zu, dies aber nur, weil die Kontrolle der Weitergabe praktisch undurchführbar ist. Das kann aber nicht dazu führen, ihm das eigentliche wirtschaftliche Interesse, an den - entgegen den Nutzungsbeschränkungen - gefertigten Kopien, abzusprechen. Hierfür spricht sogar gerade der Versuch der Hersteller, den Softwarenehmern die Mehrfachnutzung und Vervielfältigung zu untersagen, um die eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht zu beeinträchtigen. Im Falle der Zuwiderhandlung soll auch genau der zur Nutzung aufgebrachte Betrag als Schaden vereinbart werden. Dies zeigt, daß die Vervielfältigung als solche den Interessen der Hersteller entspricht, solange sie auch die damit verbundenen wirtschaftlichen Erfolge erzielen können. Die rein handwerkliche und tatsächlich untergeordnete Ausführung des Kopierens ist dabei mit der Arbeit des Angestellten im Betrieb zu vergleichen. Das wirtschaftliche Interesse verbleibt beim Softwaregeber. Damit ist auch der Softwaregeber als Eigentümer des Programmes der Hersteller der neuen Sache.

Auch der Wert der Leerdiskette ist nicht als erheblich höher anzusehen als der Wert der Umbildung; damit wird der Eigentümer des Programms auch Eigentümer der neuen Sache. Die Rechte des Raubkopierers an der Diskette als Träger des neuen Programms erlöschen gemäß § 950 Abs. 2 BGB, sind jedoch nach § 951 Abs. 1 BGB auszugleichen. Der Eigentümer hat somit einen Herausgabeanspruch gegenüber dem Besitzer nach § 985 BGB, wobei im Falle der wirksamen schuldrechtlichen Untersagung der Vervielfältigung und Mehrfachnutzung auch kein Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 BGB entgegensteht.

Dieses Ergebnis ist interessengerecht. Wenn der Softwaregeber als Eigentümer diesen dinglichen Anspruch nicht geltend machen könnte, wäre folgende Situation möglich: Der Softwarenehmer, der die wirksamen schuldrechtlichen Nutzungsbeschränkungen verletzt und viele Raubkopien verkauft, ohne die schuldrechtlichen Beschränkungen dabei miteinzubeziehen, wäre zwar nach den Grundsätzen der pVV für einen wirksam vereinbarten Schaden haftbar. Sollte er jedoch zahlungsunfähig sein bzw. werden, so wäre der Softwaregeber schutzlos der weiteren Nutzung seines Programmes durch die gutgläubigen Zweiterwerber ausgesetzt. Da

diese schuldrechtlich nicht zu einer Schadensersatzverpflichtung oder zur Einhaltung anderer Beschränkungen anzuhalten wären, kann man sich die Konsequenzen leicht ausmalen. Gerade dies gilt es aber zu unterbinden.

2. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Hersteller gegen den Anwender vertragliche Ansprüche geltend machen kann, wenn dieser seine vertraglichen Pflichten verletzt. Auch bei den Ansprüchen gegen den Anwender sollte eine Schadenspauschalierung vereinbart werden. Im Falle der Herstellung von Raubkopien kann der Hersteller einen Anspruch nach den Grundsätzen der pVV geltend machen. Darüberhinaus hat der Hersteller einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gegen den Anwender auf Herausgabe sämtlicher gefertigter Raubkopien.

VII. Einbeziehung von AGB bei Vertragsschluß ohne ausdrückliche Beschränkungen und Rechtsfolgen

Beim direkten Vertragsschluß zwischen Hersteller und Anwender haben die AGB auch nur dann zweifelsfrei Geltung, wenn der Hersteller den Anwender beim Vertragsschluß auf diese ausreichend aufmerksamgemacht hat. War dies nicht der Fall, ist fraglich, ob sie anschließend noch Geltung erlangen können. Für den Erwerb über den Händler ist grundsätzlich festzuhalten, daß die AGB des Herstellers in der Regel keine Gültigkeit haben. Sollte der Händler aber bei Abschluß des Kaufvertrages einen entsprechenden Hinweis auf den Hersteller als Vertragspartner gegeben haben und der Käufer sich dadurch bewußt gewesen sein, daß seine Handlungen des Öffnens oder des Gebrauchs der Software rechtserhebliche Bedeutung hat, stellt sich die Frage der wirksamen Einbeziehung der AGB.

Neben der Wirksamkeit der einzelnen AGB[286] müssen diese Bedingungen dann aber Vertragsbestandteil geworden sein. Daß es sich bei den regelmäßig bei Standardsoftware mitgelieferten Beschränkungen[287]

---

[286] Siehe dazu ausführlich Marly, Softwareüberlassungsverträge, Teil D.
[287] Auch bei denen, die in der Folie eingeschweißt sind.

grundsätzlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG handelt, kann unproblematisch angenommen werden. Fraglich ist aber, ob diese Bedingungen gemäß § 2 AGBG in den Vertrag einbezogen sind. Anschließend stellt sich noch die Frage, welche Rechtsfolgen sich ergeben bei Gültigkeit oder Ungültigkeit einzelner Klauseln.

1. Voraussetzungen des Einbezugs der AGB in den Vertrag

In den Vertrag einbezogen werden die AGB dann, wenn die Verwender der AGB bei Vertragsschluß die andere Vertragspartei hierauf hinweisen und diesem die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschaffen, wobei die Erwerberseite mit der Geltung des Inhalts einverstanden sein muß. Hauptanwendungsfall neben dem Erweb der Software im Ladengeschäft des Verkäufers, ist der Erwerb der Standardsoftware über den Versendungskauf.

a. Hinweis auf die AGB

Wie oben bereits erörtert[288] erfordert die Einbeziehung grundsätzlich einen ausdrücklichen Hinweis des Verwenders auf die AGB, der so gestaltet und angeordnet sein muß, daß ein Durchschnittskunde ihn selbst bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen kann. Da die bloße Aushändigung der Bedingungen nur in den Fällen ausreichend ist, in denen sich die offene Übergabe der AGB der anderen Vertragspartei bei Vertragsabschluß als Einbeziehungswille des Verwenders eindeutig aufdrängen muß, müßte beim Kauf von Standardsoftware der Käufer also ausdrücklich vor Vertragsschluß darauf hingewiesen werden, daß AGB zur Anwendung gelangen sollen.

Der typische Kauf hingegen sieht so aus, daß ein Interessent im Laden ein Programm verlangt, welches ihm dann übergeben wird. Der Verkäufer weist dabei regelmäßig nicht ausdrücklich auf die Beschränkungen durch AGB hin. Sollte dies doch einmal der Fall sein, stellt sich das Problem, welche AGB Geltung haben sollen. In Betracht kommen die des Händlers, oder aber die des Herstellers der jeweiligen Software. Die erforderliche Eindeutigkeit,

---

[288] Siehe oben IV. 2. a. aa.

welche AGB gelten sollen, fehlt. Damit ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein angemessener, ausdrücklicher Hinweis über die Verwendung von AGB erfolgt.

Schon hieran würde die Einbeziehung in den Vertrag scheitern. Gleiches gilt für den Kunden, der sich Standardsoftware auf seiner soeben, unabhängig von der Software, neu erworbenen Hardware vorführen lassen will. Der Verkäufer lädt das Programm in den Speicher und demonstriert die Handhabung des Programms. Der mit der Funktionsweise der Software einverstandene Kunde beschließt nun, dieses Programm zu erwerben. Der Vertragsschluß findet somit zu einem Zeitpunkt statt, in dem der Kunde noch nicht auf AGB hingewiesen wurde. Eine Einbeziehung der AGB scheidet hier ebenfalls aus.

Wie oben bereits erläutert[289] ändert auch die Ausnahme vom Grundsatz des ausdrücklichen Hinweises, einem deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses anzubringen nichts an diesem Ergebnis, da ein entsprechend deutlicher Hinweis im Ladengeschäft regelmäßig nicht vorliegt.

Diese Problematik stellt sich beim Versendungskauf von Standardsoftware anders dar. Selbst der Kunde, der auf eine Werbung hin ein Programm bestellt, ohne über AGB informiert zu sein, wird das Programm zugeschickt bekommen, wobei dann der Hinweis auf die entsprechenden AGB zumeist vorliegen wird. Da es sich insofern gemäß § 150 Abs.2 BGB um eine Abänderung des Angebotes des Kunden und somit um ein neues Angebot des Vertreibers handelt, ist ein Vertrag noch nicht zustande gekommen. Dem Kunden obliegt es dann, dieses Angebot anzunehmen oder aber zurückzuweisen. Spätestens mit der Benutzung des Programms ist diese Annahme aber konkludent gegeben.

Problematisch ist dann nur die Frage, ob der Hinweis der AGB auch ausreichend deutlich war, oder ob der Kunde dies nicht erkennen konnte bzw. mußte. Im alltäglichen Leben spielt sich der Erwerb von Standardsoftware per

---

[289] Siehe oben IV. 2. a. aa.

Versendungskauf so ab, daß der Kunde nach Erhalt "seines" Programms[290] dieses nun endlich ausprobieren möchte. Hierin sind die Bedingungen enthalten, wobei das Aufreißen die Annahme bedeuten soll. Dazu muß er die Folie aufreißen und das Programm in die Hardware laden. Wenn dann nicht auf jeder Seite des Programms ein Hinweis auf die Bedingungen derart angebracht ist, daß selbst ein Durchschnittskunde diesen bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen kann, liegt kein ausdrücklicher Hinweis im Sinne des AGBG vor. Gerade beim Versendungskauf muß der Verwender der AGB nach dieseitigem Erachten besonders deutlich auf diese Beschränkungen hinweisen. Der Kunde hat immerhin schon aufgrund der Werbung ein Angebot gemacht, von dem er bei Zusendung der Ware dann regelmäßig von der Annahme, und nicht von der Abgabe eines neuen Angebotes ausgehen darf. Solange dieser Hinweis nicht ganz offensichtlich ist, sind die AGB dann schon aus diesem Grunde kein Vertragsbestandteil geworden[291].

Somit ist festzuhalten, daß bei Standardsoftware die in Form von Schutzhüllenverträgen[292] vertrieben wird, diese Ausdrücklichkeit zumeist nicht gegeben ist. Ob ein Hinweis als ausdrücklich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG gewertet werden kann, muß jeweils einer Entscheidung im Einzelfall vorbehalten bleiben.

b. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme

Sollte ein ausreichender Hinweis gegeben sein, müßte der Käufer gemäß § 2

---

[290] Er geht bisher ja davon aus, das der Anbieter der Software sein Angebot angenommen hat.

[291] Dieser Fall besteht beim Kauf der "LOGIMOUSE", wo auf die Folie, in der sich die Diskette befindet, nur auf einer Seite sehr klein und undeutlich ein Hinweis auf irgendwelche Bedingungen abgedruckt ist. Dabei sind diese Bedingungen selbst erst nach verstärktem Suchen zu finden.

[292] Das Programm "Double Density" von Data Becker ist dort sogar ein Musterfall für die fehlende Ausdrücklichkeit des Hinweises. Das in Folie eingeschweißte Programm enthält keinerlei äußerlichen Hinweis, daß AGB zur Anwendung gelangen sollen. Nach Öffnen des Programms finden sich dann natürlich weitreichende Beschränkungen, die aber ohne spätere Zustimmung (was wohl faktisch nie vorkommen dürfte) nicht Vertragsbestandteil werden können. Zwar kann diese Handhabung dazu führen, daß man die Überlassung dieser Software nicht mehr zu den typischen Schutzhüllenverträgen zählen kann, aber es verdeutlicht doch die Bemühungen der Softwaregeber dem Erwerber, ohne Hinweise auf AGB zu geben, Beschränkungen aufzuerlegen, die Rechtsunkundige dann oft auch für gültig halten.

Abs. 1 Nr. 2 AGBG darüber hinaus die Möglichkeit der Zumutbaren Kenntnisnahme des Inhalts gehabt haben. Zwar ist es für das Merkmal der Ausdrücklichkeit des Hinweises ausreichend, wenn auf die AGB als Gesamtheit verwiesen wird[293], für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme hingegen muß der Inhalt der AGB und der einzelnen Klauseln vermittelt werden[294]. Was dabei zur zumutbaren Kenntnisnahme gehört, richtet sich sowohl nach den Umständen bei Vertragsschluß[295], als auch nach den Bedürfnissen der beteiligten Kundenkreise. Wesentlich ist dabei, ob die AGB bei Vertragsschluß für den Kunden verfügbar sind[296], wobei die Möglichkeit vom Verwender als eine Obliegenheit frei verschafft werden muß[297]. Die tatsächliche Kenntnisnahme des Kunden kann jedoch unterbleiben. Dies bedeutet im einzelnen, daß die AGB nicht von einem Entgelt abhängig sein dürfen und verfügbar sein müssen.

Bei einem Vertrag unter Anwesenden kann der Verwender die AGB auslegen, vorlegen, die Vorlage anbieten oder aber zur Einsicht aushändigen[298]. Diese Obliegenheit des Verwenders gilt dabei auch in den Fällen, in denen es sich um gebräuchliche oder veröffentlichte AGB handelt[299]. Wenn bei einem Vertrag diese Obliegenheit des Verwenders unterbleibt, werden die AGB mangels Möglichkeit der Kenntnisnahme auch nicht Vertragsbestandteil. Ob diese Möglichkeit der Kenntnisnahme bei einem Vertrag unter Anwesenden gegeben war, bleibt einer Entscheidung des Einzelfalles vorbehalten. Zumindest besteht dazu die jeweilige theoretische Chance, auch wenn die Praxis eher das Gegenteil vermuten läßt. Jedenfalls kann sich der Verwender

---

[293] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 9.

[294] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 23.

[295] Hier ergibt sich für ein relativ wertloses Massenerzeugnis natürlich ein anderer Maßstab als für ein extrem teures Einzelprodukt.

[296] Dabei ist es erforderlich, daß die AGB lesbaren und verständlichen Inhalts sind - BGH in BB 1983, 2074; BGH in DB 1975, 2366 -, in der Verhandlungssprache abgefaßt sind - BGH in NJW 83, 1489 -, eine erforderliche Informationszeit gegeben ist - BGH in NJW 83, 1489 - und nicht nur eine deklatorische Klausel die objektiv gegebene Möglichkeit der Kenntnisnahme feststellt, sondern die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht - BGH in NJW 82, 1388 -.

[297] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 25, 31, 32.

[298] Heinrichs in Palandt zu § 2 AGBG, Rz. 9.

[299] Dies ist beispielsweise die VOB/B. Eine Ausnahme von dieser Obliegenheit besteht nur dann, wenn es sich bei den Kunden um eine Vertragspartei handelt, die beruflich mit genau diesem Vertragsmuster zu tun hat (Bauhandwerker und Architekten für VOB). Dann darf der Verwender davon ausgehen, daß sich der jeweilige Vertragspartner selbst die notwendige Kenntnis verschaffen kann - BGHZ 86, 138; 105, 292; OLG Hamm in NJW-RR 91, 277.

nicht darauf berufen, daß es doch verkehrsüblich sei, AGB zu benutzen. Dies wird durch die enge Regelung der Ausnahmen[300] von der Rechtsprechung angemessen eingeschränkt.

Anders sieht dies aber bei Verträgen unter Abwesenden aus. Hat der Kunde einen Kaufentschluß gefaßt und bestellt die Standardsoftware auch ohne von der Einbeziehung von AGB Kenntnis zu haben, stellt die Zusendung des Programms mit dem Hinweis auf die Gesamtheit der AGB ein neues Angebot des Softwaregebers dar. Gesetzt den Fall, daß die AGB uneingeschränkt einsehbar mitgeliefert werden, kann grundsätzlich[301] von einer Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme ausgegangen werden.

Problematischer sind die Fälle, bei denen die Bedingungen erst in dem Programmpaket enthalten sind. Dann wird das Programm auf der Rückseite mit einem Vermerk versehen, der auf die AGB hinweist. Sollte der Kunde hiermit nicht einverstanden sein, kann er gegen Erstattung des bezahlten Betrages das ungeöffnete Programm wieder zurückschicken. Die gesamten Klauseln hingegen lassen sich im einzelnen nicht erkennen. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB ergibt sich für den Kunden nur, wenn er die Folie aufschneidet und die einschlägigen Bedingungen entnimmt, oder aber wenn er beim Vertreiber nach einer Kopie der AGB nachfragt. Im ersten Fall soll nach Auffassung des Softwaregebers bereits mit dem Aufschneiden der Vertrag zustandegekommen sein. Nur hat dann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, dem Aufschneiden der Folie, der Kunde noch keine Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB gehabt. Eine Einbeziehung in den Vertrag scheidet mithin aus.

Wenn der Vertragsschluß rechtlich[302] noch neben dem Öffnen der Folie ein tatsächliches Benutzen des Programms voraussetzt[303], wäre eine zumutbare Kenntnisnahme gegeben. Zu bedenken bleibt dabei aber, daß der Kunde, der mit den AGB nicht einverstanden ist, dem Softwaregeber mitteilen wird, er akzeptiere diese Bedingungen nicht. Entweder geschieht dies durch

[300] OLG Frankfurt in DB 1981, 884; Heinrichs in Palandt zu § 2 AGBG, Rz. 5.

[301] Ausnahmen bestehen hier nur, wenn diese AGB beispielsweise unleserlich, unverständlich oder nicht in der Verhandlungssprache (Werbungssprache) abgefaßt sind.

[302] Was hier aber ausdrücklich offen bleiben soll.

ausdrückliche Mitteilung, oder aber konkludent durch Zurücksenden des Programmes. Der Softwaregeber, der diesen Weg gerade gewählt hat, um dem Kunden nicht die Möglichkeit zu geben, eventuell das Programm in den Computer zu laden und dann die Originalkopie zurückzusenden, wird nicht bereit sein, das bezahlte Geld zurückzugeben. Somit muß der Kunde weitere Aktivitäten beschreiten, um sein Geld zurückzubekommen. Aufgrund dieser Tatsachen kann nicht von einer zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme gesprochen werden.

Daher stellt sich die Frage, ob der Kunde nicht vielmehr verpflichtet ist, den zweiten Weg zu wählen und den Softwaregeber um die Zusendung der AGB anzuhalten. Dies ist sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen als unzumutbar abzulehnen. Bei der Einräumung der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme handelt es sich um eine Obliegenheit des Verwenders der AGB. In diesem Zusammenhang ist anerkannt, daß eine Verfügbarkeit der AGB nicht gegeben ist, wenn dem Kunden ein zusätzlicher Schriftverkehr zugemutet wird[304]. Das gilt auch in den Fällen, in denen die AGB zwar ordnungsgemäß, und auch für die Einbeziehung derselben ausreichend auffällig im Ladengeschäft ausgehängt sind, der Vertrag aber nicht an diesem Ort erfolgt[305].

Beim Versendungskauf kann der Vertrag nur dann an den Ort des Händlers erfolgen, wenn der Kunde das Angebot abgibt (abschickt) und der Händler dieses Angebot annimmt. Da in einem solchen Fall das Angebot aber ohne Einbeziehung der AGB abgegeben sein würde, kann der Aushang auch keinen Einbezug in den Vertrag zur Folge haben. Wenn hingegen der Händler das Angebot um die AGB erweitert, erfolgt der Vertragsschluß wiederum beim dann annehmenden Kunden, nicht hingegen im Ladengeschäft. Aus rechtlichen Gründen ist dieser Weg mithin nicht als zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme zu sehen. Auch die tatsächlichen Gründe lassen kein anderes Ergebnis zu. Der Kunde, der soeben nach einer gewissen Wartezeit "sein" neues Programm erhält, wird nicht noch länger warten wollen, bis er nach

---

[303] Was dann wiederum vom Softwaregeber fast unmöglich zu beweisen sein wird.

[304] Wolf in W/H/L zu § 2, Rz. 24.

[305] Ebenda; Zwar können die Parteien gemäß § 2 Abs. 2 AGBG die AGB im voraus vereinbaren, dies dürfte aber für den Vertrieb von Standardsoftware keine praktische Bedeutung haben.

einer weiteren Korrespondenz mit dem Softwaregeber das Programm in seinem Computer speichern kann. Nur weil der Softwaregeber ein gewisses Geheimnis aus den zugrundeliegenden AGB macht, kann es dem Verbraucher nicht zugemutet werden, noch länger auf die Nutzung der bereits bezahlten Standardsoftware zu warten.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß regelmäßig nur in den Fällen die Möglichkeit einer zumutbare Kenntnisnahme der AGB besteht, in denen die Bestimmungen neben dem in Folie eingeschweißten Programm mitgegeben werden. Sollte diese Möglichkeit im Einzelfall vorliegen, können die AGB im Einzelfall auch Vertragsbestandteil geworden sein.

c. Einverständnis

Die Einbeziehung der AGB in den Vertrag setzt weiterhin das Einverständnis des Softwarenehmers voraus. Hiermit stellt der Gesetzgeber klar, daß die Einbeziehung der AGB nicht durch einseitige Maßnahmen des Verwenders, sondern auf vertraglicher Grundlage erfolgt. Die Einverständniserklärung ist eine Willenserklärung und muß sich nur global auf die Akzeptanz der AGB, nicht jedoch auf jede einzelne Klausel beziehen. Die Einbeziehungserklärung kann auch konkludent abgegeben werden. Eine Einverständnisklausel hingegen kann das Einverständnis nicht ersetzen[306]. Sofern ein ausdrücklicher Hinweis und die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme gegeben ist, kann ein Einverständnis in der Regel bejaht werden[307]. Die Einbeziehung führt zu einem durch AGB erweiterten Vertragsinhalt.

d. Zwischenergebnis

In der Praxis wird die Anwendung von AGB regelmäßig an der wirksamen Einbeziehung in den Vertrag scheitern. Bei allen Schutzhüllenverträgen kann neben der Ausdrücklichkeit des Hinweises auf AGB zumindest die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme derselben regelmäßig nicht angenommen

[306] Wolf, a.a.O., Rz. 42-44.
[307] Heinrichs in Palandt zu § 2 AGBG, Rz. 16.

werden. Sofern der Hersteller auch der Verkäufer ist, muß man davon ausgehen, daß der Kunde auf die AGB in der Schutzhülle erst nach Abschluß des Vertrages, nämlich bei ihm zu Hause, aufmerksam gemacht wird. Dies ist zeitlich jedoch bereits deutlich nach Vertragsschluß, so daß eine Einbeziehung bereits hieran scheitert. Etwas anderes gilt dabei nur, wenn auf der Käuferseite eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein Kaufmann steht und der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Dann ist ein Hinweis gemäß § 2 AGBG entbehrlich, wie sich aus § 24 Nr. 1 und 2 AGBG ergibt. In diesen Fällen ist es bereits ausreichend aber auch notwendig, daß diese Personen von dem Vorhandensein von AGB wußten oder hätten wissen müssen.

Ein praktisches Beispiel der fehlenden Ausdrücklichkeit des Hinweises auf AGB zum Zeitpunkt des Vertragsschlußes offenbart sich bei dem Erwerb der "LOGIMOUSE", die mit Software in Form eines Mousetreibers verkauft wird. Nach dem Öffnen der um die ganze Verpackung verschweißten Folie, auf der sich keinerlei Hinweis auf AGB befindet, hält man die Diskette, erneut eingeschweißt in einer Folie, in den Händen; auf einer Seite befindet sich in mehreren Sprachen, extrem klein und fast unleserlich, der Hinweis, daß Öffnen dieser zweiten Folie zur Einbeziehung der beiliegenden AGB führe. Diese AGB lassen sich zum einen in dem Paket nur schwer ausmachen, zum anderen wird auch nur auf einer Seite der Folie auf sie hingewiesen. An der Stelle, wo die Folie aufzureißen ist, steht dann wiederum ein Hinweis nur in englischer Sprache, es sei auf die Rückseite zu achten. Dies allein verdeutlicht die fehlende Ausdrücklichkeit. Aber selbst wenn man diese Hinweise erkannt, gelesen und verstanden haben sollte, wird dem Käufer nirgendwo angeboten, die Mouse mit der noch ungeöffneten Softwarefolie gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben zu können. Der Käufer muß vielmehr vermuten, er habe durch das Öffnen der ersten, um die gesamte Verpackung geschweißten, Folie schon eine Rückgabe verwirkt.

Sofern der Verwender von AGB aber im Einzelfall ausdrücklich auf die Einbeziehung dieser Bedingungen in den Vertrag hingewiesen und der Kunde nach einer Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme sein Einverständnis erklärt hat, sind die Parteien an die Bestimmungen der AGB gebunden, soweit diese nicht aus anderen Gründen nichtig sind. In Betracht kommen hier insbesondere Klauseln, die entweder nach § 3 AGBG überraschend sind oder

aber gegen §§ 9-11 AGBG verstoßen[308].

2. Rechtsfolgen

Ergibt sich durch einen späteren Rechtsstreit, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ganz[309] oder teilweise[310] nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam (§ 6 Abs. 1 AGBG)[311] und unterliegt den gesetzlichen Vorschriften (§ 6 Abs. 2 AGBG). Eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages nach § 6 Abs. 3 AGBG kommt nur in Betracht, wenn das Festhalten für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde. Man kann zwar zu der Ansicht gelangen, daß die Unwirksamkeit der Bedingungen zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Hersteller führen. Dies ist aber sein Risiko und rechtfertigt grundsätzlich nicht die Anwendung des § 6 Abs. 3 AGBG[312]. Eine unbillige Härte wäre nur gegeben, wenn durch den Wegfall der AGB ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht. Der Hersteller will sich durch die AGB davor schützen, daß "sein Programm" einer Raubverwertung zugeführt wird. Sobald der Anwender das Programm aber schon auf seiner Festplatte gespeichert hat, ist es für den Hersteller selbst im Falle einer Rückabwicklung[313] fast unmöglich, eine Löschung aus dem Computer des Kunden zu überprüfen. De facto müßte er dann sogar den Kaufpreis zurückzahlen; andererseits ist er sich immer noch nicht sicher, ob der von ihm angestrebte Schutz erreicht werden kann. Daher ist das Festhalten an dem Überlassungsvertrag im Fall des direkten Vertragsschlusses keine unbillige Härte für den Hersteller, sondern stellt die wirtschaftlich schnellste Alternative dar. Eine Anwendung des § 6 Abs. 3 AGBG ist nicht gerechtfertigt.

---

[308] Siehe dazu Marly, Softwareüberlassungsverträge, Teil D.
[309] Aufgrund fehlender Einbeziehung in den Vertrag.
[310] Aufgrund Unwirksamkeit einzelner Klauseln.
[311] Brehm, BGB AT, Rz. 566; Heinrichs in Palandt zu § 6 AGBG, Rz. 8.
[312] BGH in NJW 82, 824; Heinrichs in Palandt zu § 6, Rz. 8.
[313] Nachdem der Vertrag für unwirksam erklärt worden sein sollte.

a. Dissens

Eine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Vertrages kann sich aber insoweit ergeben, als die Parteien bei Vertragsschluß von unterschiedlichen Voraussetzungen ausgegangen sind und somit ein Einigungsmangel in Bezug auf den Vertrag besteht.

aa. Offener Dissens

Ein sogenannter offener Dissens ist gegeben, solange sich die Parteien nicht über all die Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, § 154 Abs. 1 BGB. In dem hier relevanten Fall hat der Softwarehersteller ein Interesse daran, auch die Nebenabreden über Nutzungsbeschränkungen in den Vertrag einzubeziehen oder sogar einen anderen Vertragstyp als den Kaufvertrag[314] zu begründen.

Aufgabe der Parteien ist es, sich über den Inhalt des Rechtsgeschäftes zu einigen. Dabei ist aber mit Einigung nicht die innere Zustimmung der Parteien, sondern die objektive Einigungserklärung maßgeblich[315]. Objektiv gesehen hat der Softwarehersteller in seinem typischen, hier unterstellten Verhalten zum Ausdruck gebracht, dem Anwender die Ware Software zu verkaufen, da alle äußeren Merkmale auf diesen Vertragstyp abzielen. Wenn dies nicht seine innere Meinung ist und er stattdessen einen anderen Vertragstyp begründen wollte, ist dies keine Frage des Dissens. Haben die Parteien bei normativer Auslegung ihrer Bekundungen dasselbe erklärt, aber verschiedenes gemeint, so ist der Vertrag wirksam geschlossen[316]. Eine Lösung des Herstellers vom Vertrag kann dann über die Regeln der Irrtumsanfechtung, nicht jedoch über den Dissens erreicht werden[317].

Nichts anderes gilt für die fehlende Regelung über Nebenabreden wie zum Beispiel die AGB. Wenn die Parteien keine Vereinbarung treffen, so erfolgt die

[314] Wie beispielsweise Miet-, Pacht- oder Überlassungsvertrag.
[315] Brehm, BGB AT, Rz. 538.
[316] Schwab, Zivilrecht, Rz. 501 .
[317] Ebenda.

Regelung durch die dispositiven Gesetzesvorschriften. Es bleibt kein Platz für die Anwendung des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB. Überdies ist auch davon auszugehen, daß ein Tatbestandsmerkmal dieser Norm nicht erfüllt ist. Es erscheint praxisfremd, daß ein Softwarehersteller erklärt, Beschränkungen einbeziehen zu wollen, dies dann später aber einfach unterläßt.

bb. Versteckter Dissens

Die Voraussetzungen des sogenannten versteckten Dissens ergeben sich aus § 155 BGB. Dannach liegt ein Einigungsmangel nur vor, wenn die von den Parteien abgegebenen Erklärungen sich in ihrem Inhalt nicht decken. Ebenfalls unerheblich für die Auslegung der einzelnen Erklärungen ist der jeweilige innere Wille, nach dem die Parteien verschiedenes gewollt haben[318]. Die beiderseitigen Erklärungen sind nach §§ 133, 157 BGB auszulegen[319]. Sofern sie dann übereinstimmen, ist § 155 BGB unanwendbar[320].

Der Hersteller als Verkäufer hat durch ein Angebot der Überlassung der Software gegen ein einmaliges Entgelt die objektive Erklärung abgegeben, ein Angebot für einen Kaufvertrag abzugeben. Dieses Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages nimmt der Kunde durch Hingabe des Geldes und Entgegennahme der Software an. Die Auslegung ergibt somit, daß beide Parteien Erklärungen abgegeben haben, die sich in ihrem Inhalt decken. Damit ist auf die Regeln der Irrtumsanfechtung zu verweisen. § 155 BGB ist hingegen unanwendbar.

b. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß bei einem Schutzhüllenvertrag die Parteien grundsätzlich nicht von unterschiedlichen Vertragsvoraussetzungen ausgegangen, womit auch kein Dissens vorliegt.

---

[318] BGH in NJW 61, 1668; RGZ 58, 235; Heinrichs in Palandt zu § 155, Rz. 2

[319] Heinrichs in Palandt zu § 155, Rz. 2.

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß beim Vertrag zwischen Hersteller und Anwender in der Praxis die Hersteller AGB nur in äußerst seltenen Fällen miteinbezogen werden aufgrund mangelnden Hinweises entweder des Herstellers selbst oder des Händlers.

VIII. Endergebnis

Mit der Urheberrechtsnovelle von 1993 ist eine Änderung der Situation der Urheberrechtsfähigkeit von Standardsoftware eingetreten, so daß die Urheberrechte der Hersteller von Standardsoftware in den überwiegenden Fällen geschützt sind. Der Anwender erwirbt die Nutzungsrechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung in den Grenzen des § 69 c UrhG mit dem Erwerb des typischerweise geschlossenen Kaufvertrages automatisch. Ein Vertrag zwischen Hersteller und Endverbraucher, der einzelne Beschränkungen bestimmen und das Nutzungsrecht einräumen könnte, stellt keine notwendige Voraussetzung für den Gebrauch der Software dar.

Da Schutzhüllenverträge und Gebrauchsverträge heute regelmäßig nicht durch tatsächliche, physikalische Handlungen der Anwender geschlossen werden, ergibt sich unter Beibehaltung des derzeitigen Vertriebsweges nicht der erwünschte Erfolg, den Anwender an weitergehende Bestimmungen zu binden. Eine Formulierung der Beschränkungen als AGB kann allenfalls zu einer Bindung der Anwender führen, wenn der Vertrag direkt zwischen Hersteller und Endverbraucher geschlossen wird. Andernfalls werden AGB regelmäßig bereits nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, die Wirksamkeit der einzelnen Klauseln einmal ganz dahingestellt.

Wenn aber zukünftig die Anwender in angemessener Form auf die rechtliche Wirkung ihres Handelns hingewiesen werden sollten, könnte sich eine Änderung zumindest in Bezug auf Privatpersonen ergeben.

Registrierkartenverträge sind derzeit die einzige Form der Herstellerverträge,

---

[320] Ebenda.

die relativ unproblematisch zu einem wirksamen Zweitvertrag führen können. In aller Regel führen die Registrierkartenverträge zu einer wirksamen Bindung der Anwender. Dann müssen die Anwender aber auch tatsächlich die beigelegte Karte an den Hersteller zurücksenden. Eine tatsächliche Verpflichtung besteht hierzu trotz der Aufforderung durch die Hersteller nicht. Wer sich nicht binden will, was wohl für die überwiegende Mehrheit der Anwender zutreffen dürfte, unterläßt es einfach die Karte auszufüllen und abzuschicken.

2. Teil - Amerikanisches Recht

Die Vereinigten Staaten von Amerika bieten sich aus vielerlei Gründen für einen Rechtsvergleich auf dem Gebiet von Standardsoftware an. Neben der Tatsache, das Ursprungsland der EDV zu sein, haben die USA den derzeit größten Markt für Software auf der Welt. Auf diese Weise kann einmal über die Grenzen hinaus dorthin geschaut werden, wo vermeintlich ähnliche Rechtsprobleme eine noch tiefere Auswirkung haben können, als dies in Deutschland der Fall ist. Damit besteht die Möglichkeit, in den USA schon Ergebnisse im Softwarerecht zu finden, die eine gewisses Präjudiz auf die deutsche Rechtssprechung oder Gesetzgebung haben können.

Für einen Vergleich fallen auch die dem Grunde nach unterschiedlichen Rechtssysteme nicht nachteilig ins Gewicht. Ausgangspunkt soll nicht der jeweilig verschiedene Ansatz zu einer rechtlichen Prüfung sein, sondern die Bewertung einzelner, sich ergebender Fragen im Detail. Als Ausgangsbasis sind dabei die folgenden Tatsachen, die für eine Bewertung des Vergleichs wichtig sind, vorauszuschicken.

Den Bürgern der USA wird immer wieder nachgesagt, extrem prozeßfreudig zu sein. Dies trifft auch sicherlich für die anfängliche Klageerhebung uneingeschränkt zu. Man ging jedoch in einer Schätzung von 1990 davon aus, daß nur ca. 3-4% der eingereichten Klagen auch vor Gericht beendet würden. Der Rest dieser Streitigkeiten wird außergerichtlich verglichen. Somit muß man die Ergebnisse der Gerichte etwas distanziert sehen, da diese nur die Minderheit der Streitigkeiten repräsentieren. Der Grund für die außergerichtlichen Vergleiche liegt zum größten Teil an den hohen Kosten eines Prozesses. Im Regelfall muß jede Partei ihren eigenen Anwalt bezahlen, unabhängig davon, ob man letztendlich obsiegt oder unterliegt.

Eine entscheidende Frage für die rechtlichen Bewertung stellt das jeweils zur Anwendung gelangende Recht dar. Die meisten Staaten haben den Uniform Commercial Code als Gesetz angenommen. Daher sollen die Schutzhüllenverträge in den USA innerhalb dieser Abhandlung sowohl nach diesem Code als auch nach dem Common Law untersucht werden.

Erstaunlicherweise gibt es auch in den USA, soweit ersichtlich, relativ wenige Entscheidungen im Bereich der Schutzhüllenverträge. Daher soll der Schutzhüllenvertrag auch mit anderen, ähnlich gelagerten rechtlichen Konstruktionen auf anderen Gebieten als Software verglichen werden. Eingegangen werden soll auch auf die Entscheidung des Berufungsgerichts des 7. Bezirks in Sachen *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* vom 20.6.1996, insbesondere unter Berücksichtigung der Vorinstanz, da diese Entscheidungen die entgegengesetzten Beurteilungsmöglichkeiten verdeutlichen.

Desweiteren soll die Ergänzung des Uniform Commercial Code (UCC) im Bereich der Informationsverträge einbezogen werden. Seit 1991 wird dieses Thema in einer Kommission aus Mitgliedern der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) und des American Law Institutes (ALI) diskutiert, um den UCC im Hinblick auf die gewachsene Bedeutung von Software, Datenbanken und anderen Informationsgütern zu ergänzen[321].. Voraussichtlich wird der neu zu schaffende Artikel 2B UCC im Herbst 1998 in den Uniform Commercial Code eingefügt werden, es sei denn die Diskussionen um die Ausgewogenheit dieser Regelung verzögern diesen Prozeß noch weiter.

I. Tear-Me-Open-Lizenzen

Im amerikanischen Recht ist grundsätzlich jede Software, unabhängig davon ob Individual- oder Standardsoftware, urheberrechtlich geschützt. Um den Entwicklern der Programme das ihnen zustehende Recht des geistigen Eigentums im Massengeschäft zu sichern, benutzen die amerikanischen Softwarehersteller ähnliche Vertragsentwürfe wie ihre deutschen Kollegen, die die Überlassung ihrer Produkte mit den Endverbrauchern regulieren sollen[322]. Dabei bestehen für die Hersteller Probleme, schuldrechtliche Vereinbarungen mit Erwerbern im Massengeschäft zu schließen[323]. Deshalb benutzen die

---

[321] S. Kochinke/Günter in CR 97, 129, 135.

[322] Siehe grundsätzlich Brooks, Shrink-Wrapped License Agreements: Do They Prevent the Existence of a "First Sale" ?, 1 Computer Law. 17 (1984).

[323] Software für PC's werden zumeist durch Zwischen- oder Einzelhändler oder durch Versandkauf vertrieben. J.T. Soma, Computer Tech. and the Law 89-90 (1983).

Softwarehersteller sogenannte "Tear-Me-Open-Lizenzen“[324], um eine vertragliche Bindung zu erreichen. Häufig werden auch die Ausdrücke "Shrink-Wrap-License", "Off The Shelf" oder "Box-Top-Agreement" benutzt. Im folgenden soll der Begriff Tear-Me-Open-Lizenzen verwendet werden, der aber inhaltlich identisch mit den weiteren Bezeichnungen ist. Dabei wird im amerikanischen Recht, entgegen der deutschen Handhabung, rechtlich nicht zwischen diesen einzelnen Vereinbarungen unterschieden.

Eine Tear-Me-Open-Lizenz besteht aus einer vorgedruckten Vereinbarung, die, wie auch in Deutschland, unter einer Folie angebracht ist[325]. Regelmäßig sind dabei zumindest einzelne Bedingungen durch die Folie hindurch lesbar, damit der potentielle Kunde die Möglichkeit erhält, diese ohne Aufreißen der Folie wahrnehmen zu können. Auf der Folie befindet sich der Hinweis, ein Aufreißen der Folie führe zu einer Akzeptanz der jeweiligen Bedingungen[326]. Dabei hat die typische Tear-Me-Open-Lizenz folgenden Inhalt[327]:

> 1) A "license agreement" which permits the purchaser/licensee/tearer to use the software on one computer only. The customer is permitted to copy the software for archival or backup purposes and may merge it or parts of it onto other programs. A copyright notice must appear on all such copies. The customer may transfer the software to another user provided the other user agrees to the terms of the original agreement[328]. If the first customer transfers the program, he or she must destroy all copies of the program remaining in his or her possession. The license is terminated by noncompliance with any of the terms of the agreement. The duration of the license is indefinite, but on termination the licensee must destroy all copies of the software in his or her possession.
>
> 2) A limited warranty, in which the developer warrants that the cassette or diskette is free from defects in materials or

---

[324] Hierunter zählen dann sowohl die Registrierkartenvereinbarungen als auch die Schutzhüllen- und Enter-Vereinbarungen.

[325] Brooks, Seite 19.

[326] IBM's tear-me-open agreement enthält folgenden Hinweis: "YOU SHOULD CAREFULLY READ THE FOLLOWING TERMS AND CONDITIONS BEFORE OPENING THIS DISKETTE PACKAGE. OPENING THIS DISKETTE PACKAGE INDICATES YOUR ACCEPTANCE OF THESE TERMS AND CONDITIONS. IF YOU DO NOT AGREE WITH THEM, YOU SHOULD PROMPTLY RETURN THE PACKAGE UNOPENED; AND YOUR MONEY WILL BE REFUNDED."

[327] Dies entstammt IBM's tear-me-open software license agreement, z.B. bei Programmen wie DisplayWrite 2 und Disk Operating System.

[328] Einige Vereinbarungen verbieten die Weitergabe an Dritte. Siehe Cooper, Forming and Enforcing "Tear Me Open" Licenses, Practising L. Inst. Computer Law 4 (Nov. 1983).

> workmanship. The duration of this warranty is limited.[329] The software contained on the disk is expressly provided "as is" with no warranties. Implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose are expressly disclaimed.
>
> 3) Remedies available to the customer are limited to replacement of disks not meeting the warranty standards or a refund of the purchase price of the software.
>
> 4) A choice of law clause stating that the agreement will be governed by the laws of a particular state.[330]
>
> 5) A merger clause stating that the writing is the complete and exclusive agreement between supplier and customer.
>
> 6) A warranty registration card which must be returned to the supplier. Some software suppliers attempt to obtain acknowledgement of the terms of the agreement by means of this warranty registration card which must be returned to the supplier for any warranty terms to be effective.[331]

Diese Vereinbarungen haben das Ziel, auf vertraglicher Ebene Rechte und Ansprüche, insbesondere Gewährleistungsrechte des Erwerbers zu beschränken oder sogar aufzuheben. Dabei stellt es für den amerikanischen Markt keine Neuheit dar, derartige Beschränkungen im Wege des "take it or leave it" beim Vertrieb von Verbrauchsgütern anzuwenden. Die Hersteller versuchen so, ihre Verantwortung zu begrenzen. Diese Beschränkungen beinhalten eine Begrenzung oder sogar den Ausschluß von Gewährleistungsrechten oder Ansprüchen, die dem Kunden grundsätzlich zustehen. Dabei soll ein schriftlicher Hinweis auf der Ware, den Verpackungen, den Begleitschreiben[332], den Bedienungsanleitungen[333] diese Beschränkungen herbeiführen, oder alternativ soll eine beiliegende Registrierkarte zurückgesendet werden[334]. Hierbei haben die Kunden das Recht, die Waren, im Falle fehlender Zustimmung zu den Bedingungen,

---

[329] Die Zeitspanne von IBM's Gewährleistung beträgt 90 days.

[330] IBM's Vereinbarung bestimmt die Anwendung von Florida Law.

[331] Brooks, Seite 19.

[332] Siehe e.g., Hill v. BASF Wyandotte Corp., 696 F.2d 287 (4th Cir. 1982); Monsanto Agric. Prod. Co. v. Edenfield, 426 So. 2d 574 (Fla. Dist. Ct. App. 1982); Pennington Grain & Seed v. Tuten, 422 So. 2d 948 (Fla. Dist. Ct. App. 1982); Pfizer Genetics v. Williams Management, 204 Neb. 151, 281 N.W.2d 536 (1979); Willoughby v. Ciba Geigy Corp., 601 S.W.2d 385 (Tex. Civ. App. 1979).

[333] Siehe e.g., Taterka v. Ford Motor Co., 86 Wis. 2d 140, 271 N.W.2d 653 (1978); Schroeder v. Fageol Motors, 86 Wash. 2d 256, 544 P.2d 20 (1975); Dougall v. Brown Bay Boat Works & Sales, 287 Minn. 290, 178 N.W.2d 217 (1970).

[334] Siehe e.g. Van Den Broeke v. Bellanca Aircraft Corp., 576 F.2d 582 (5th Cir. 1978).

gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzusenden. Entgegen der sich auf den ersten Blick ergebenden Übereinstimmungen zwischen derartigen Vereinbarungen bei allgemeinen Produkten und einem Schutzhüllenvertrag, gebietet die Besonderheit von Software eine Untersuchung.

Der Hersteller von anderen Waren erleidet regelmäßig nur einen minimalen Verlust, wenn der Kunde die Ware mit den einschlägigen Beschränkungen gesehen hat und sie sodann zurücksendet. Der Hersteller erhält das Produkt, der Kunde das Entgelt zurück, sofern die Ware nicht von letzterem beschädigt worden ist. Dies trifft aber für die Massenware Software so nicht zu.

Sofern der Kunde nicht irgendwie davon abgehalten wird, die Software zu kopieren, kann er dies einfach tun, um anschließend die Ware gegen Erstattung des gezahlten Preises zurückzuschicken. In einem solchen Fall erhält der Kunde die in der Software verinnerlichte Arbeit des Herstellers sowie die Möglichkeit der Nutzung dessen geistigen Eigentums, ohne dafür bezahlen zu müssen. Da auch schon der Vertrag hinsichtlich der erworbenen Software dem ehrlichen Kunden fast sämtliche Gewährleistungsrechte abschneidet[335], steht sich ein treuer Kunde nicht besser als der Raubkopierer, der keinerlei Ansprüche und Gewährleistungsrechte hat. Da der Vorteil eines ehrlichen Kunden äußerst gering ist, haben die Softwarehersteller versucht, die für sie schützende Tear-Me-Open-Lizenz einzuführen. Ein Schutz soll dadurch entstehen, daß das Öffnen der Folie zu einer Akzeptanz der Bedingungen seitens des Kunden führt.

Aufgrund der ungewöhnlichen Annahmeerklärung stellen Tear-Me-Open-Lizenzen auch die amerikanischen Gerichte vor die Problematik, ob diese "Vereinbarungen" erzwingbar werden sollen. Daher soll nachfolgend eine Betrachtung im Rahmen des UCC und der klassischen vertragsrechtlichen Bewertung nach dem Common Law stattfinden. Hierbei soll ein Weg aufgezeigt werden, ob und wie die Gerichte die Erzwingung der Gewährleistungs- und Anspruchsbeschränkungen durch Tear-Me-Open-Lizenzen unter der derzeit anwendbaren Gesetzeslage durchführen können.

Es bestehen, wie in Deutschland, zwei mögliche Wege auf denen Kunden

---

[335] Sofern diese Bedingungen tatsächlich wirksam werden.

Software mit Schutzhüllenverträgen erwerben können. Der häufigste Weg ist der über den Softwarehändler[336]; die andere über den Hersteller, regelmäßig im Weg über den Versandkauf[337]. In beiden Fällen bleibt aber die Frage der Wirksamkeit der besonderen Vertragsannahme der Lizenzvereinbarung. Die begleitenden Umstände lassen sich hierbei einfach nachvollziehen und entsprechen denen in Deutschland[338].

1. Uniform Commercial Code

a. Derzeitige Behandlung der Tear-Me-Open-Lizenzen unter dem UCC

Um Tear-Me-Open-Lizenzen unter dem UCC als wirksam ansehen zu können, muß der UCC überhaupt für eine Softwareüberlassung einschlägig sein. Grundsätzlich gilt der UCC für "Sales". Dabei definiert der Code einen "Sale" als "the passing of title from the seller to the buyer for a price"[339]. Sollten die Tear-Me-Open-Lizenzen wörtlich zu nehmen sein, soll das Eigentum an der Software, zumindest nach Vorstellung der Hersteller, nicht auf den Erwerber übertragen werden[340]. Die Vertragsgestaltung entspricht eher einer Lizenz- als einer Verkaufsvereinbarung. Tatsächlich ist das Wort "Sale" auch nirgendwo in der Lizenzvereinbarung von IBM erwähnt[341].

Die Tear-Me-Open-Lizenz soll dem Erwerber ein Nutzungsrecht an der in Frage stehenden Software gewähren. Dabei ist es aber nicht bis ins Detail geklärt, was "license agreement" im Zusammenhang mit einer Tear-Me-Open-Lizenz wirklich bedeutet[342]. Gewöhnlich werden Lizenzen im Computerhandel dann verwendet, wenn es sich um umfangreiche EDV-Systeme im Zusammenhang mit Individualsoftware handelt[343]. Dabei haben die Gerichte

---

[336] Cooper, Seite 1.
[337] Ebenda.
[338] Siehe oben, 1.T., Kaufbeschreibung in Deutschland.
[339] UCC § 2-106(1).
[340] Cooper, Seite 60.
[341] Ebenda.
[342] Ebenda.
[343] Goldberg, Software Protection and Marketing, 2 Practising Law Inst. Computer Law 60 (1983).

diese Lizenzen regelmäßig als Leasing-Vereinbarungen gewertet[344], die schon mit Beginn der Vertragsvereinbarung als vollständig bezahlt angesehen werden[345]. Im Falle von Standardsoftware wird die Bezeichnung Lizenz grundsätzlich noch wenig verwendet.

Obwohl Artikel 2 des UCC mit "Sales" überschrieben ist, haben Gerichte in der Vergangenheit ihn auch für "non-sale transactions" wie zum Beispiel Leasing und Hinterlegungen[346] angewandt. Dies wird mit dem Begriff "transactions" innerhalb des Artikels 2, section 2-102 begründet[347]. Der Begriff "transactions" ist innerhalb von Artikel 2 ein unbestimmter Rechtsbegriff und bedarf der Auslegung. Diese Auslegung hat dazu geführt, daß es sich bei derartigen "transactions" um nicht als "Sales" zu bewertende Überlassungsarten handeln kann[348]. Einige Gerichte haben Artikel 2 zur Überlassung von Waren außerhalb von "Sales" durch Analogie zu diesen "Sales" angewandt[349]. Die Gerichte tendieren immer wieder dazu, "transactions" als "Sales" zu bewerten, wenn die hinter dem UCC stehende Idee der Situation des "non-sale" sehr nahe kommt[350].

Bei der Tear-Me-Open-Lizenz besteht eine große Übereinstimmung mit einem "Sale". Obwohl der Lizenzgeber nicht beabsichtigt, dem Lizenznehmer das Eigentum an der Software zu übertragen[351], wird dem Lizenznehmer dennoch das Recht eingeräumt, mit der Software im Rahmen gewisser Beschränkungen frei verfügen zu können. Demgemäß stellt sich die Tear-Me-

---

[344] Holmes, Application of Article Two of the Uniform Commercial Code to Computer System Acquisitions, 8 Rutgers Computer Tech. L.J. 1, 25 (1982).
[345] Siehe e.g., Vitromar Piece Dye Works v. Lawrence of London Ltd., 119 Ill. App. 2d 301, 256 N.E.2d 135 (1969).
[346] Siehe W. Hawkland, Uniform Commercial Code Series § 2-102:1; siehe auch Annotation, Application of Warranty Provisions of Uniform Commercial Code to Bailments, 48 A.L.R. 3d 668 (1973).
[347] Annotation, What Constitutes a Transaction, a Contract for Sale or a Sale Within the Scope of UCC Article 2, 4 A.L.R. 85,91 (1981).
[348] Nycum, Liability for Malfunction of a Computer Program, 7 Rutgers Computer Tech. L.J. 1,3 (1979).
[349] Siehe W. Hawkland, Seite 239, § 2-102:1. Siehe grundsätzlich Annotation, Application of Warranty Provisions of Uniform Commercial Code to Bailments, 48 A.L.R. 3d 668 (1973); Pro CD v. Zeidenberg 86 f.3d 1450; Advent Sys. Ltd. v. Unisys Corp. 925 F2d 670 (3rd Cir. 1991); Arizona Retail Systems, Inc. 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993),.
[350] Ebenda.
[351] Der Lizenzgeber betrachtet die Überlassung als eine Lizenz, bei der kein Eigentum übergeht.

Open-Lizenz für den Lizenzgeber als ein bedingter Verkauf dar. Tatsächlich legen einige Tear-Me-Open-Lizenzen auch ausdrücklich fest, daß der Erwerber die Diskette zu Eigentum erwibt, nicht jedoch das darauf gespeicherte Programm[352]. Dabei ähneln die Beschränkungen denen, die ein Schriftsteller in seinen Büchern oder ein Musiker auf seinen Platten hat, um das Urheberrecht zu schützen[353]. Die verwendeten Bedingungen von Herausgebern literarischer Werke entsprechen auch tatsächlich denen, die das amerikanische Urheberrecht für den Verkauf von urheberrechtlich geschützen Verlagswerken normiert[354].

Mit diesen Beschränkungen soll daher nur der fehlende vollständige Eigentumsübergang verdeutlicht, nicht aber die grundsätzliche Anwendbarkeit des UCC für die Softwareüberlassung ausgeschlossen werden.

aa. Tear-Me-Open-Lizenz als "Sale"

Sofern sich ein Schutzhüllenvertrag tatsächlich als eine Lizenzvereinbarung darstellen sollte, kann zumindest von keinem "Sale" im Sinne des UCC ausgegangen werden. Dem steht auch nicht die eigentliche Intention des Anwenders, der regelmäßig von einem direkten und uneingeschränkten Kauf der Software ausgehen wird, entgegen. Dem Hersteller liegt daran, keinen unmittelbaren Kaufvertrag abzuschließen, da dieser ihn davon abhalten könnte, dem Anwender die Einschränkung in Bezug auf des Programms zu untersagen.

Grundsätzlich sollten die Gerichte aber zu einer Bewertung als "Sale" gelangen. Sofern Klauseln nicht eindeutig ausformuliert werden, sollen Zweideutigkeiten gegen den Verwender wirken. Da es im Rahmen von Tear-

---

[352] Brooks, Seite 17.

[353] Die meisten Hinweise bei Büchern lauten in etwa wie folgt: "All rights reserved. No part of this book may be reproduced or utilized in any form, by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system without permission in writing from the publisher." Musik-Produkte enthalten folgenden Hinweis: "All rights reserved. Unauthorized duplication is a violation of applicable laws."

[354] 17 U.S.C. § 202 (1978). Siehe auch Stephens v. Cady, 55 U.S. (14 How.) 528 (1853) (der Käufer einer Straßenkarte erwirbt nicht das Recht diese Karte zu drucken).

Me-Open-Lizenzen nicht eindeutig ist, ob tatsächlich ein Lizenz- oder ein Kaufvertrag vereinbart wird, muß der Hersteller als Verwender der Klauseln den Abschluß eines Kaufvertrages akzeptieren. Letztendlich haben die Gerichte schon von jeher Klauseln und Vereinbarungen abgelehnt, die die Benutzung und Verfügungsbefugnis des Eigentumsrechts auf Seiten des Erwerbers beschränken. Demzufolge kann die "Lizenz" auch als ein bedingter Kauf bewertet werden. Die Bedingung ist dann die Vereinbarung über Klauseln, die die Vervielfältigung der Software verbieten[355].

Aufgabe dieser Arbeit soll aber nicht die Vertragsbestimmung der Softwareüberlassung, sondern die Bestimmung der sich aus der Überlassung ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien sein. Damit kann vorliegend die Frage, ob es sich bei der Tear me Open Lizenz um einen „Sale“ handelt, jedenfalls dann dahinstehen, wenn die Regeln des UCC ohnehin Anwendung finden.

bb. Tear-Me-Open-Lizenz analog zum "Sale"

Eine Methode, Tear-Me-Open-Lizenzen ohne Vorliegen eines "Sale" unter den UCC zu subsumieren liegt darin, die Überlassung analog eines "Sale", mithin einer "transaction" zu sehen. Wenn die Gewährung einer Lizenz einem "Sale" weitgehend wirtschaftlich ähnelt, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, diese Lizenz auch den Regeln des UCC zu unterstellen[356].

Die überlassene Software soll später nicht wieder an den Hersteller oder den Verkäufer zurückgegeben werden. Dabei ist die Nutzung durch eine

---

[355] R. Anderson, Uniform Commercial Code § 2-204, 47 (3d ed. 1982). Siehe auch UCC § 2-615.

[356] Siehe Hertz Commercial Leasing Corp. v. Transp. Credit Clearinghouse, 59 Misc. 2d 226, 298 N.Y.S.2d 392 (Civ. Ct. 1969) rev'd on other grounds, 64 Misc. 2d 910, 316 N.Y.S. 585 (App. Div. 1970) (bei der Findung das eine Leasingvereinbarung unter den UCC fällt hat das Gericht ausgeführt:"[I]t would be anomalous if this large body of law were subject to different rules of law than other transactions which tend to achieve identical economic results.") Siehe auch Baker v. City of Seattle, 79 Wash. 2d 198, 484 P.2d 405 (1971). Siehe aber Bona v. Graefe, 264 Md. 60, 285 A.2d 607 (1972), (Gewährleistungsklauseln des UCC sind nicht auf Leasing angewandt worden); ProCD, Inc v. Zeidenberg 86 F 3d 1447, so auch die Vorinstanz, ProCD, Inc. v. Zeidenberg 908 F Supp. 640 (Wd. Wis. 1996).

Einmalzahlung im Voraus abgegolten. Somit entspricht das wirtschaftliche Ziel der Tear-Me-Open-Lizenz einer "transaction", so daß der UCC schon deswegen zur Anwendung gelangt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß für die verschiedenen Arten der Standardsoftwareüberlassung die Subsumtion unter den UCC das zutreffende Ergebnis darstellt[357], unabhängig davon, ob man letztlich von einem "Sale" oder einer "transaction" ausgeht.

b. Wirksamkeit unter dem UCC

Neben der Tatsache, daß eine Softwareüberlassung vom UCC geregelt werden sollte, muß das Öffnen der Folie als eine Annahmehandlung nach den Regeln des UCC bewertet werden können.

aa. Bewertung des Öffnens

Es gibt vier verschiedene Interpretationsmöglichkeiten hinsichtlich des wirksamen Abschlusses einer Lizenzvereinbarung. Problematisch ist bei sämtlichen Interpretationsmöglichkeiten, wie im deutschen Recht, die vorherige Kenntnisnahme der Bedingungen durch den Kunden. Der Verwender von Tear-Me-Open-Lizenzen muß dann einen Weg finden, die Bedingungen wirksam miteinzubeziehen[358].

aaa. Modification

Vorrangig kann man der Auffassung sein, daß der Kaufvertrag bereits vor Öffnen der Folie abgeschlossen wurde und der Hersteller nachträglich versucht, den Vertrag mit dem Hinweis auf einen Lizenzvertrag in einen

---

[357] Siehe auch Peys, Commercial Law-The Enforceability of Computer "Box-Top" License Agreements Under the UCC, 7 Whittier L. Rev. 881 (1985); Einhorn, The Enforceability of "Tear-Me-Open" Software License Agreements, 67 J. of Pat. Off. Soc'y 509 (1985); Stern, Shrink Wrap Licenses of Mass Marketed Software: Enforceable Contracts or Whistling in the dark?, 11 Rutgers Computer & Tech. L. J. 51 (1985).

[358] Vgl. Kochinke/Günter in CR 97, 133.

solchen zu verändern[359]. Diese Situation tritt in den USA häufig beim Versandkauf auf. Der Kunde sieht eine Anzeige für eine bestimmte Software und ruft die Firma unter der üblicherweise gebührenfreien Telefonnummer an. Dabei bestellt er genau die angebotene Software. Dieses Angebot auf Abschluß eines Kaufvertrages wird dann regelmäßig telefonisch angenommen, indem der Verkäufer zusagt, das Programm zu versenden und die notwendigen Formalien für die Bezahlung beizulegen[360]. Demzufolge handelt es sich bei der Überlassung um einen Sachkauf[361]. Nachdem der Vertrag telefonisch geschlossen wurde, stellt der Versuch, diesen Kauf- in einen Lizenzvertrag umzuwandeln, die Veränderung eines bereits vollzogenen Vertrages dar[362].

Innerhalb des UCC gilt aber: "an agreement modifying a contract ... needs no consideration[363] to be binding"[364]. Demnach könnte die Veränderung im Rahmen des UCC wirksam geworden sein, wenn es sich bei dieser Änderung nur um eine modification des Sachkaufs handelt. Der Begriff "modify" ist innerhalb des UCC nicht definiert. Er muß aber so betrachtet werden, daß hiermit die Zuführung von neuen Elementen und Details gemeint ist, die aber den eigentlich geschlossenen Vertrag bestehen lassen[365]. Somit bedarf es hinsichtlich der ersten Interpretationsmöglichkeit keiner tiefgehenden Analyse. Es besteht nämlich kein Ansatzpunkt dafür, daß der Schutzhüllenvertrag den bloßen Versuch einer "modification" des Sachkaufs darstellt. Bei der Veränderung der Softwareüberlassung von einem Sachkauf in einen Lizenzvertrag liegt nicht nur eine "modification", sondern eine Änderung des wesentlichen Inhalts des Vertrages vor. Da somit eine neue "consideration" erforderlich, aber nicht gegeben ist, kann der Vertrag nicht in der erweiterten

---

[359] Peys, Seiten 898-908.

[360] Ebenda, S. 898-99. Siehe auch Einhorn, Seiten 516-18. Beide Autoren beschränken ihre Analyse auf eine Bestellung per Post, was genau auf den UCC abzielt.

[361] Siehe Rodau, Seite 883 m.w.N.

[362] Peys, Seite 899:

[363] Consideration läßt sich wohl am besten mit Gegenleistung übersetzen, entspricht aber nicht dem Gegenleistungsbegriff im deutschen Recht. Vielmehr wird hierüber u.a. das Anfechtungs-, Irrtums-, Rückabwicklungsrecht etc. ausgeführt.

[364] UCC § 2-209(1)(1978).

[365] Siehe Peys, Seiten 900-01, 903-08. Siehe auch UCC § 2-209, Official Comment (1978) (die Überprüfung der Gutgläubigkeit ist auf die Abänderung anzuwenden); UCC § 1-201(19) (Definition der Gutgläubigkeit); UCC § 2-104(1) (1978) (Definition des Kaufmanns); UCC § 2-103(1)(b)(1978) (höherer Anspruch an Gutgläubigkeit für Kaufleute).

Form wirksam sein.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Gericht der ersten Instanz in der Entscheidung *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*[366]. Die Lizenzbedingungen seien unwirksam bzw. nicht wirksam einbezogen worden. Der Kaufvertrag sei im Geschäft zum Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises geschlossen worden. Die im Benutzerhandbuch abgedruckten Lizenzbedingungen seien nicht – auch nicht durch den Hinweis auf der Packung – einbezogen worden, da der Kunde von ihnen vor Abschluß des Kaufvertrages nicht hätte Kenntnis nehmen können.

bbb. Unverhältnismäßigkeit

Eine zweite Interpretationsmöglichkeit des Öffnens der Schutzfolie geht dahin, den Lizenzvertrag als das Angebot, das Aufreißen derselben als die Annahme des Lizenzvertrages zu sehen. Dies entspricht auch genau der Auslegung, die sowohl vom Louisiana- als auch vom Illinois Software Enforcement Act normiert ist[367]. Diese Interpretation steht dabei grundsätzlich im Einklang mit Artikel 2 des UCC, weil das Öffnen des Kunden als ein schlüssiges Annahmeverhalten angesehen werden kann[368]. Verträge, sowohl unter dem UCC als auch dem Common Law, können aber selbst bei formaler Ordnungsmäßigkeit dann ungültig sein, wenn das Ergebnis unverhältnismäßig ist, insbesondere weil dies zu unfairen Ergebnissen führen würde[369]. Ob eine

---

[366] ProCD v. Zeidenberg 908 F. Supp. 640 (W.d. Wis. 1996)

[367] Las R.S. 51:1961-1966 (Supp. 1987); Ill. Ann. Stat. ch. 29, para 802-808 (Smith-Hurd 1987). Siehe auch unten, 3.b.

[368] UCC sec. 2-206(1)(1978). Siehe aber Einhorn, Seite 516, der argumentiert, daß der Käufer gemäß UCC § 2-206(1)(b) (1978) das Recht auf Untersuchung vor dem Kauf hat und eine solche Untersuchung ohne Öffnen der Packung und Testen der Software schlecht möglich ist. Jedoch kann der Käufer auf diese Recht verzichten UCC § 2-513(1) (1978). Siehe e.g., Cervitor Kitchens, Inc. v. Chapman, 7 Wash. App. 520, 500 P.2d 783 (1972). Die offizielle Kommentierung zu 2-513 zeigt auf, daß eine Software Klausel keinen Verzicht des Käufers auf sein Recht der Untersuchung begründen würde:"[N]o agreement by the parties can displace the entire right of inspection except where the contract is simply for the sale of `the thing'. Even in a sale of boxed goods `as is' inspection is a right of the buyer...."

[369] UCC sec. 2-302(1) (1978) bestimmt die Anwendbarkeit der common law doctrine of unconscionability bei gewerblichen Transaktionen unter Article 2. Der Begriff "unconscionability" ist im Uniform Commercial Code nicht definiert. Die offizielle Kommentierung sowie der Wortlaut des Paragraphen stellen aber klar, daß die direkte Anwendung den Gerichten zur Abwehr von unfairen Klauseln zur

Unverhältnismäßigkeit vorliegt, bedarf einer Entscheidung im Einzelfall.

Ein Endverbraucher wird sich aber regelmäßig auf dieses Argument berufen. Darüberhinaus steht dem Kunden bei Verträgen nach dem UCC das Recht zu, eine angemessene Ansicht der Ware vor Abgabe der Annahmeerklärung durchzuführen. Diese liegt aber nur dann vor, wenn dem Kunden die Bedienungsanleitung und die einzelnen Bedingungen vor dem Kauf der Software zugänglich gemacht werden. Genau dieses Rechtes ist er aber beraubt, wenn die Gerichte die Lizenzvereinbarung als das Angebot, das Öffnen der Folie als die Annahme des Lizenznehmers ansehen würden. Alleine schon durch die fehlende Möglichkeit der ausreichenden Ansicht der Ware ist ein entsprechender Lizenzvertrag im Rahmen des UCC durch Öffnen der die Diskette umgebende Schutzhülle nicht wirksam geschlossen worden.

ccc. Bedingte Vertragsannahme

Drittens kann man innerhalb der Regeln des UCC daran denken, die Übersendung der Software mit der beiliegenden Lizenzvereinbarung als eine bedingte Annahme des Herstellers in Bezug auf das Kaufangebot des Kunden anzusehen. Nach den Regeln des Common Law bedeutet jede Abänderung des ursprünglichen Angebotes ein Gegenangebot mit dem Ergebnis, daß keine wirksame Annahme vorliegt. Artikel 2 des UCC erlaubt hingegen, in der Annahmeerklärung weitere Bedingungen zu bestimmen[370]. Die zusätzlichen Bedingungen stellen dann Vorschläge dar, die über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinausgehen. Daraus ergibt sich jedoch nur die Möglichkeit, nicht aber der Zwang, daß diese Bedingungen Teil des Vertrages werden[371]. Solange der Kunde den zusätzlichen Bedingungen in der Lizenzvereinbarung nicht ausdrücklich zustimmt, kann alleine die Bestellung und Nutzung der

---

Verfügung steht. Früher wurde diese Auslegung durch entsprechende Interpretation des Wortlautes sowie durch Ausdehung der Regeln von Angebot und Annahme erzielt bzw. über die Argumentation des Widerspruchs gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder den überwiegenden Sinn des Vertrages. Official Comment to UCC sec. 2-302(1). Siehe grundsätzlich, Note, Frankly Incredible: Unconscionability in Computer Contracts, 4 Computer/L. J. 695 (1984); siehe auch, Ellinghaus, In Defense of Unconscionability, 78 Yale L.J. 757 (1969); Leff, Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967).

[370] UCC § 2-207(1)(1978).

Software nicht zu einer Wirksamkeit zusätzlicher Bedingungen führen[372].

In *Baumgold Bros., Inc. v. Allan M. Fox Co., E*[373] hat der Verkäufer der Ware eine Mitteilung beigelegt, nach der den Käufer das Risiko des Verlustes alleine treffen soll, sobald er diese Mitteilung empfangen hat. Das Gericht gelangte zu dem Ergebnis, daß die Versendung der Waren durch den Verkäufer bereits sein Einverständnis mit den ursprünglichen Vertragsbedingungen (ohne diese Einigung) offenbarte, sofern der Käufer nicht den erweiterten Bedingungen zustimmen sollte[374]. Damit war der Vertrag ohne Einbeziehung der weiteren Bedingungen wirksam geworden.

Die Lizenzvereinbarung innerhalb eines Schutzhüllenvertrages begleitet die Waren genauso wie die "risk of loss" Vereinbarung im Fall *Baumgold*. Danach offenbart schon die Bereitschaft zur Versendung der Waren die Zustimmung, die Software auch verkaufen zu wollen, wenn der Käufer die Lizenzvereinbarung nicht akzeptiert. Auch die Beifügung von weiteren Bedingungen kann nicht zu einem wirksamen Lizenzvertrag führen, solange der Kunde diesem nicht ausdrücklich zustimmt.

ddd. Werbung als Angebot

Die vierte und letzte Interpretationsmöglichkeit ist die Einstufung der Werbung des Herstellers als Angebot und die Bestellung des Kunden als Annahme desselben. Diese Theorie wird aber nicht zur Anwendung gelangen, da nach den Regeln des UCC ein Angebot nur in den Fällen besteht, in denen der Anbietende auch tatsächlich rechtlich gebunden sein möchte[375]. Da hiervon im Regelfall bei einer bloßen Werbung nicht ausgegangen werden kann, stellt die Werbung des Herstellers lediglich eine "invitation for an offer", nicht hingegen ein Angebot zum Vertragsschluß dar.

---

[371] UCC § 2-206(2)(1978).
[372] UCC § 2-207(1)(1978).
[373] 375 F. Supp. 807 (N.D. Ohio 1973).
[374] Siehe auch, Einhorn, Seiten 517-18, discussing *Baumgold*.
[375] UCC § 2-204(1) and (3) (1978).

eee. ProCD, Inc. v. Zeidenberg – Entscheidung

Entgegen sämtlicher dieser Auslegungsmöglichkeiten und auch der darüber hinaus grundlegenden Urteile[376] zur Wirksamkeit von Shrinkwrap Lizenzen ist die Entscheidung des Berufungsgerichts des 7. Bezirks im Fall *ProCD v. Zeidenberg*[377] ergangen.

Unter Berufung auf die Artikel 2, section 2-204[378] sowie Artikel 2, section 2-602[379] und Artikel 2, section 2-606[380] sieht Richter Easterbrook in dieser Entscheidung[381] den Vertrag zwischen dem Kunden und dem Hersteller als mit dessen Bedingungen durch die Nutzung der CD als wirksam an. Spätestens zu diesem Zeitpunkt seien die Lizenzbedingungen dem Kunden bekannt gewesen. Dieser hätte das Produkt nach Kenntnisnahme von den Lizenzbedingungen akzeptiert und nicht zurückgewiesen[382]. Diese Entscheidung verfolgt das wirtschaftspolitische Ziel, den Handel zu vereinfachen und den Konsumenten primär über die Effizienz der Marktmechanismen zu schützen. Für den Hersteller müsse es möglich sein, durch eine solche Lizenz die Nutzungsbedingungen zu definieren. Der Kunde habe zwar von den genauen Lizenzbedingungen beim Kauf der CD-ROM nicht unmittelbar Kenntnis nehmen können, ihm sei jedoch durch den Aufdruck auf der Packung bekannt gewesen, daß die innenliegenden Lizenzbedingungen Vertragsbestandteil werden sollten. Easterbrook hielt die Lizenzbedingungen daher für wirksam einbezogen[383].

Diese Entscheidung begründet er damit, daß es dem Hersteller möglich sein

---

[376] Step-Saver Data Systems, 939 F. 2d 91; Arizona Retails Systems Inc. v. the Software Inc., 831 F. Supp. 759; Vault Corp. v Quaid Software Ltd., 847 F. 2d (5th Cir. 1988).

[377] ProCD, Inc. v. Zeidenberg 86 F 3d 1446.

[378] “Formation in General“.

[379] “Manner and Effect of Rightful Rejection“.

[380] “What constitutes Acceptance of Goods“.

[381] In der Entscheidung ProCD v. Zeidenberg war das Datenbankprodukt zwar urheberrechtlich nicht geschützt, die Problematik der Wirksamkeit von Shrinkwrap-Lizenzen gilt aber genauso für urheberrechtlich geschützte Software.

[382] Vgl. Kochinke/Günther, 133; ProCD, Inc. v. Zeidenberg 86 F 3d 1447, 1452.

[383] Zur richtigen Einordnung dieser Entscheidung ist zu beachten, daß Richter Easterbrook ein Apologet der in Chicago, dem Sitz des Berufungsgerichts für den siebten Gerichtsbezirk, begründeten Theorierichtung der „Economic Analysis of Law“ ist. Aus diesem Grund stützt sich die Entscheidung weniger auf

müsse, über die Tear-Me-Open-Lizenzbedingungen verschiedene Arten von Nutzungsrechten zu schaffen und dadurch in der Preisstruktur zu differenzieren. Der Hersteller müsse vertraglich die Möglichkeit zur Preisdiskriminierung gegeben werden. Es entspreche praktischen Notwendigkeiten, daß dies auch über Nutzungsbeschränkungen in Tear-Me-Open-Lizenzen möglich sein muß. Easterbrook vergleicht die Lizenzbedingungen mit Kleingedrucktem auf Flugtickets oder Konzertkarten, die der Käufer auch erst nach Bezahlung zur Kenntnis nehmen könne. Es sei ja schlicht nicht möglich, sämtliche Lizenzbedingungen außen auf der Packung abzudrucken.

Ob diese Entscheidung, die offensichtlich nicht zwingend mit geltendem US-Recht in Einklang steht, zukünftig Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

bb. Implied und Expressed Warranties

Eine Zielsetzung der Tear-Me-Open-Lizenzen ist der Ausschluß möglichst jeglicher Gewährleistungsrechte. Obwohl eine Mehrheit der Bevölkerung der USA zu Unrecht der Ansicht ist, Computer machen keine Fehler, sind Fragen von Gewährleistungsrechte bei Software enorm wichtig. Während die Hardware regelmäßig sehr zuverlässig ist, trifft dies für Software oft nicht zu[384]. Software wird häufig übereilig und ohne ausreichende Tests auf den Markt gebracht[385], wie sich anhand unzähliger Updates, Upgrades und anderer Bezeichnungen für Veränderungen und Verbesserungen erkennen läßt. Als Folge dieser Unzuverlässigkeit kann ein schwerer Schaden eintreten[386]. Sogar Körper- und Eigentumsverletzungen können aus Fehlern der Programme resultieren[387]. Demzufolge gab es auch schon eine beträchtliche Anzahl von Klagen bezüglich Fehlern in Software.

---

rechtsdogmatische Grungdlagen, sondern auf wirtschaftlich-pragmatische Erwägungen.

[384] Immel, Evaluating Software, 3 Popular Computing 43 (Sept. 1984)(Es gibt zu viel Software auf dem Markt, die aufgrund von Fehlern nicht einwandfrei funktioniert.).

[385] Ebenda.

[386] Ebenda, S. 45.

[387] Nycum, Seite 1.

Sofern die Regeln des UCC zur Anwendung gelangen[388], können sowohl „warranties of merchantability“[389] und „fitness“[390] (implied warranties in Bezug auf die allgemeine Funktionsfähigkeit) in besonderen Fällen[391] durch „geeignete“ und „eindeutige“ Vertragsbedingungen abbedungen werden[392]. Die meisten Tear-Me-Open-Lizenzen erfüllen sicherlich die Anforderung an die „Geeignetheit“, da sie fast wortwörtlich den insofern einschlägigen Paragraphen des UCC wiedergeben[393]. Dies führt aber nicht notwendigerweise auch gleichzeitig zu der parallel geforderte Eindeutigkeit einer jeden Klausel oder Bestimmung.

Im Rahmen der Regeln des UCC greift ein Gewährleistungsausschluß grundsätzlich bereits dann, wenn die Formulierung des Ausschlußes eindeutig genug sein sollte[394]. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme eines solchen Gewährleistungsausschlusses durch den Erwerber kommt es kraft der Regeln der UCC eigentlich nicht an. Dennoch gibt es gerichtliche Entscheidungen, die eine Zustimmung des Kunden zu einem Gewährleistungsausschluß fordern, um diesen wirksam werden zu lassen[395]. Offensichtlich soll so dem zwischenzeitlich auch in den USA vorherrrschenden Gedanken des Verbraucherschutzes Rechnung getragen werden. Insofern verbleibt es aber dennoch bei der notwendigen Grundvoraussetzung, daß der gewünschte Gewährleistungsausschluß eindeutig, mihin zweifelsfrei formuliert ist.

Nach den Maßstäben des UCC gilt eine Vereinbarung dann als eindeutig,

---

[388] Wovon hier unter den obigen Bedingungen ausgegangen werden soll.
[389] UCC § 2-314.
[390] Ebenda.
[391] UCC § 2-315.
[392] UCC § 2-316(2).
[393] IBM's Gewährleistungsausschluß lautet wie folgt: LIMITED WARRANTY: THE PROGRAM IS PROVIDED "AS IS" WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU (AND NOT IBM OR AN AUTHORIZED PERSONAL COMPUTER DEALER) ASSUME THE ENTIRE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.
[394] R. Anderson, § 2-316:33. Siehe Architectural Aluminum Corp. v. Macaw, 70 Misc. 2d 495, 333 N.Y.S.2d 818, 822 (N.Y. Sup. Ct. 1972).
[395] Haggle v. General Motors Corp., 190 Col. 57, 544 P.2d 983, 989-90 (1975). Siehe auch R. Anderson, § 2-316:25.

> "when it is so written that a reasonable person against whom it is to operate ought to have noticed it"[396].

Ob eine Vereinbarung eindeutig ist, wird im Rahmen des UCC als eine Rechtsfrage gesehen[397], die aber logischerweise auf tatsächlichen Umständen basieren muß. Dies bedeutet, daß für die rechtliche Beurteilung der Eindeutigkeit die Art und Weise einer Bedingung von erheblicher Relevanz ist. Insofern ist auf die in den Tear-Me-Open-Lizenzen aufgedruckten Bedingungen abzustellen. Diese Bedingungen können nur dann als eindeutig charakterisiert werden, wenn sie zumindest vollumfänglich wahrgenommen werden können und die wesentlichen Klauseln nicht im Text „versteckt" sind. Dies bedeutet, die Klauseln müssen für den objektiven Betrachter angemessen wahrnehmbar sein. An einer solchen angemessenen Wahrnehmbarkeit fehlt es sogar dann, wenn das Schriftbild des Ausschlusses zwar größer als der diesen umgebende Text ist, der gesamte Text aber immer noch so unleserlich gehalten ist, daß von einer angemessenen Kenntnisnahme keine Rede sein kann[398].

Vorliegend darf nicht das Gesamtbild der Tear-Me-Open-Lizenzen aus den Augen verloren werden. Die in eine Folie eingeschweißte Diskette hat einen Fläche von nur wenigen cm², auf denen sowohl die wirtschaftlichen Werbeinformationen als auch die juristischen Beschränkungen aufgedruckt sind. Aus diesem Grund ist der Regelfall gerade der, daß eine objektive und verantwortungsbewußte Person die Bedingungen des Verwenders nicht unbedingt wahrnimmt[399], in den meisten Fällen selbst beim Nachforschen nicht einmal vollständig wahrnehmen kann. Von einer angemessenen Kenntnisnahme, und damit auch von einer „Eindeutigkeit" im Sinne des UCC kann somit im Regelfall der Gewährleistungsausschlüsse innerhalb von Tear-

[396] UCC § 1-201(10). Siehe auch Hunt v. Perkins Mach. Co., 352 Mass. 535, 226 N.E.2d 228, 231 (1967) (der Ausschluß in großen Buchstaben auf der Rückseite war nicht zweifelhaft). Siehe aber Architectural Aluminum Corp. v. Macaw, 70 Misc. 2d 495, 333 N.Y.S.2d 818, 822 (N.Y. Sup. Ct. 1972)(der Ausschluß on fett gedruckten Buchstaben, umrandet von einem 1 Zoll großen schwarzen Raum war zweifelhaft).

[397] UCC § 1-201(10).

[398] A & M Produce v. FMC Corp., 135 Cal. App. 3d 473, 186 Cal Rptr. 114 (Cal. Ct. App. 1982).

[399] Siehe e.g. Willoughby v. Ciba Geigy Corp., (der Aufdruck des Ausschlusses der Gewährleistungszeit auf der Seite eines Behälters, auf den der Erwerber nicht zusätzlich hingewiesen wurde, war unwirksam); Pfizer Genetics, Inc. v. Williams Management Co., 204 Neb. 151, 281 N.W.2d 536,539 (1979).

Me-Open-Lizenzen zumindest bis zum Zeitpunkt des Öffnens der Folie nicht ausgegangen werden.

Etwas anderes kann sich aber ergeben, sofern der Ausschluß als eine nachträgliche Vertragsbedingung angesehen werden kann. Selbst wenn dies der Fall ist, werden hierdurch jedoch die Gewährleistungen und Garantien, die zum Zeitpunkt des Kaufes galten, nicht beeinflußt[400]. Diese rechtlich zutreffende Bewertung wird damit begründet, daß der Kunde die Vereinbarung erst nach dem Erwerb der Software wahrnimmt. Demzufolge war die Vereinbarung über den Ausschluß kein Verhandlungsgegenstand und kann auch nicht für den Kunden bindend sein[401].

Somit werden die implied warranties durch weitere Bedingungen in Tear-Me-Open-Lizenzen nicht wirksam geändert oder abbedungen.

Bereits aus dem zuvor gesagten folgt konsequenterweise, daß, wenn schon stillschweigende Bedingungen nicht wirksam durch Tear-Me-Open-Lizenzen ausgeschlossen werden können, dies erst Recht für ausdrückliche Gewährleistungsvereinbarungen Geltung haben muß. Dies ist im UCC ausdrücklich normiert. Sofern der Verkäufer unter dem UCC eine ausdrückliche Gewährleistungs- und Garantievereinbarung abgibt, kann diese nicht mehr ausgeschlossen werden[402].

Dennoch bedarf es vorliegend der Klärung, wie und unter welchen Umständen ausdrückliche Gewährleistungsvereinbarungen bei Softwareverträgen geschlossen werden, da zum einen die Tear-Me-Open-Lizenzen insofern zu Lasten der Verwender rechtliche Wirkungen entfalten können, zum anderen durch die im Anschluß erfolgende weitere Prüfung sich eventuell doch Ausschlußmöglichkeiten ergeben könnten.

Eine expressed warranty muß nicht mündlich und vor Vertragsschluß erklärt

---

[400] Siehe R. Anderson, § 2-316:32. Siehe auch White & Summers, Uniform Commercial Code § 9-4 (2d ed. 1980).

[401] Siehe Eichenberger v. Wilhelm, 244 N.W.2d 691, 697 (S. Dak. 1976)(In den Fällen, in denen dem Käufer nicht die Möglichkeit gegeben wird einen Hinweis zu sehen und zu lesen, werden die Gerichte den Ausschluß nicht als Verhandlungsgegenstand anerkennen.).

[402] UCC § 2-316 comment 1.

werden. Vielmehr kann auch die Beschreibung in Bedienungsanleitungen oder anderen Unterlagen zu einer ausdrücklichen Gewährleistungsvereinbarung führen[403]. Allein aus einer Beschreibungen wie "supplier warrants that the disk on which the program is embodied is free from defects in materials and workmanship"[404] kann eine ausdrückliche Garantie bzw. Gewährleistung hergeleitet werden. Hiervon wird dann die tatsächliche Software und nicht nur die einzelne Diskette, da der Kunde ganz offensichtlich nicht nur eine Diskette erwerben möchte, umfaßt.

Dies ergibt sich aus dem Willen des Kunden, der eine bestimmte Software, die nun einmal auf einer Diskette gespeichert ist, erwerben möchte. Obwohl ein optischer Unterschied zwischen einem Programm und einer Leerdiskette nicht besteht, bezieht sich das Wort "disk" in der Garantiebeschreibung auf die in Folie eingeschweißte Diskette, auf der sich nun einmal auch das Programm befindet. Fehler bei der Herstellung der Diskette sind somit von dieser Garantie ebenso umfaßt wie Fehler, die bei der Programmierung der Software entstehen. Damit wird dem Kunden als expressed warranty ausdrücklich eine Fehlerfreiheit zugesichert

In der Praxis ist aber anzumerken, daß es innerhalb einer typischen Tear-Me-Open-Lizenz aber nicht einfach ist, eine diesbezügliche ausdrückliche Erklärung zu finden[405]. Das eigentliche Programm ist mit einer anonymen Diskette aus der Massenproduktion verbunden, die durch die Folie versiegelt ist. Dabei liegt regelmäßig nur eine Beschreibung der Ware vor, damit die Vertragsvereinbarung nicht schon deshalb ungültig wird, weil die Sache nicht genau genug bestimmt wurde. Bei diesen Beschreibungen wird es in den meisten Fällen offensichtlich, daß die Softwarehersteller nur ganz zurückhaltende und beschränkte Aussagen zu den Möglichkeiten ihrer Programme machen. Daher bietet auch eine eventuell in der

---

[403] W. Hawkland, § 2-313:03 (Die Tendenz bei Anwendung des UCC schein dahin zu gehen, daß die meiste Werbung als ausdrückliche Garantie angesehen wird.). Siehe auch Interco, Inc. v. Randustrial Corp., 533 S.W.2d 257 (Mo. App. 1976). Siehe aber Hill v. BASF Wyandotte, 696 F.2d 287 (4th Cir. 1982)(mündliche Zusagen der Verkäufer begründeten Gewährleistungsrechte.).123

[404] IBM's tear-me-open agreement enthält die follegende "limited warranty": "IBM warrants the diskettes or cassettes on which the program is furnished to be free from defects in materials and workmanship for a period of ninety (90) days from the date of delivery to you...."

Produktbeschreibung aufzufindende ausdrückliche Garantie höchstwahrscheinlich nur geringen Schutz hinsichtlich der Qualität des Programms[406]. Die Beschreibung wird zumeist nur die Garantie dafür übernehmen, daß es sich um ein Programm eines speziellen Typs handelt[407], wie zum Beispiel Textverarbeitung, Tabellenkalkulation oder Betriebsprogramm.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß warranties regelmäßig nicht durch Bedingungen in Tear-Me-Open-Lizenzen ausgeschlossen werden, hingegen rechtlich durch diese Bedingungen sogar ausdrückliche Gewährleistungsvereinbarungen wirksam zustande kommen können. Um diesem Problem juristisch zu entgegnen, versuchen die Hersteller in den Tear-Me-Open-Lizenzen durch eine sogenannte „integration clause" alle ausdrücklichen Garantien, die vom Verkäufer gemacht worden sein könnten, im Nachhinein wieder auszuschließen[408].

cc. Integration Clause

Um aber ausdrückliche Garantien auszuschließen, muß eine solche integration clause bei Tear-Me-Open-Lizenzen wirksam sein. Diesbezüglich gibt es unterschiedliche Urteile, die die Wirksamkeit von integration clauses bestätigt haben, wodurch alle Zusagen und Gewährleistungen in Produktbeschreibungen usw., die ausdrückliche Garantien begründen würden, ausgeschlossen sind. Diesen Entscheidungen lagen Fälle zugrunde, in denen jeweils eine tatsächlich erfolgte Verhandlung zwischen den Parteien voraus ging[409].

---

[405] Im Fall von IBM wird derselbe Standardvertrag für verschiedenen Produkte genutzt, wie z.B. DisplayWrite 2 und Disk Operating System.

[406] W. Hawkland, § 2-313:6.

[407] Ebenda, § 2-316:6.

[408] IBM's integration clause lautet wie folgt:"YOU...AGREE THAT IT IS THE COMPLETE AND EXCLUSIVE STATEMENT OF THE AGREEMENT BETWEEN US WHICH SUPERSEDES ANY PROPOSAL OR PRIOR AGREEMENT, ORAL OR WRITTEN, AND ANY OTHER COMMUNICATIONS BETWEEN US RELATING TO THE SUBJECT MATTER OF THE AGREEMENT."

[409] Siehe Jaskey Finance and Leasing Co. v. Display Data Corp., 564 F. Supp. 160 (E.D. Pa. 1983)(Der Ausschluß von express and implied warranties bei Computerprodukten wurde für wirksam angesehen, sofern die Vereinbarung Bestandteil war und die parol evidence rule es verbietet Werbeaussagen als

Daher muß man in den Fällen, in denen eine individuelle Verhandlung nicht gegeben war, zum gegenteiligen Ergebnis führen. Dies wird auch durch die einschlägigen Entscheidungen bestätigt[410]. Für den Fall der Softwareüberlassung im Wege einer Tear-Me-Open-Lizenz gilt im Ergebnis, daß Verhandlungen über Bedingungen bei der Abgabe von Standardsoftware allenfalls in hier zu vernachlässigenden Einzelfällen erfolgen, wobei dann nicht einmal eine Verhandlung zwischen dem Hersteller und Erwerber, erst recht nicht über die auch für den Regelfall der Softwareüberlassung relevanten Bedingungen erfolgt. Daher werden expressed warranties innerhalb der Tear-Me-Open-Lizenz nicht durch eine integration clause ausgeschlossen.

dd. Doctrine of Unconscionability

Gewährleistungsausschlüsse, grundsätzlich bezogen auf expressed warranties, können darüberhinaus aufgrund der doctrine of unconscionabilty[411] unwirksam werden. Dabei handelt es sich bei dem Term unconscionability[412] innerhalb des UCC um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch Case Law ausgefüllt worden ist[413]. Die Idee hinter der doctrine of unconscionability ist die Vermeidung einer Unterdrückung des Kunden und der Bewahrung vor unfairen Überraschungen[414]. Dabei stellt sich die Auslegung der unconscionability ebenfalls als eine Rechtsfrage dar[415]. Die Ausgangsfrage der unconscionability ist

---

ausdrückliche Garantie auszulegen). Siehe auch Pennsylvania Gas Co. v. Secord Brothers, Inc., 73 Misc. 2d 1031, 343 N.Y.S.2d 256, aff'd, 357 N.Y.S.2d 702 (N.Y. App. Div. 1973).

[410] Siehe e.g. Transamerica Oil Corp. v. Lynes, 723 F.2d 758 (10th Cir. 1982); Jaskey Finance and Leasing Co. v. Display Data Corp.

[411] UCC § 2-301 (Ein Gericht kann die Wirksamkeit einer vertraglichen Klausel ablehnen, falls diese Klausel als unverhältnismäßig zum Zeitpunkt der Vereinbarung angesehen wird).

[412] Die wohl zutreffenste Übersetzung ist "Unverhältnismäßigkeit".

[413] A & M Produce v. FMC Corp., 135 Cal. App. 3d 473, 186 Cal Rptr. 114 (Cal. Ct. App. 1982), (Dieser Fall zeigt einen guten Überblick der Elemente der „Unverhältnismäßigkeit“, vorliegend bei einem gewerblichen Kauf technischer Produkte.). Siehe auch UCC § 2-302 comment 1.

[414] A & M Produce v. FMC Corp., 135 Cal. App. 3d 473, 186 Cal Rptr. 114 (Cal. Ct. App. 1982).

> "whether, in the light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time of the making of the contract"[416].

Unconscionability hat sowohl materielle- als auch verfahrensmäßige Elemente[417]. Verfahrensmäßige Elemente sind insbesondere "bargaining naughtiness"[418] während sich die materielle unconscionability auf "evels in the resulting contract"[419] bezieht. Eine Vertragsklausel kann nur dann unwirksam sein, wenn diese Gründe kumulativ vorliegen[420].

Gewöhnlich ergibt sich das Problem der verfahrensmäßigen unconscionability nicht für warranty-Ausschlüsse bei der Anwendung des UCC[421]. Dennoch kann dieses Element im Fall von Tear-Me-Open-Lizenzen auftreten, da es sich in diesem Fall lediglich um die Einwilligung zu einem vorformulierten Vertragsangebot handelt, wobei der Kunde die Annahme nur auf einer take-it-or-leave-basis annehmen kann[422]. Der Kunde hat insofern keinerlei Möglichkeiten, verfahrensmäßig auf die Bedingungen einzuwirken. Wenn durch Öffnen der Folie ein Vertrag mit den vom Hersteller gewünschten Bedingungen zustandekommen soll, kann der Kunde an Bedingungen gebunden sein, die er unter anderen Umständen nie akzeptieren würde.

---

[415] A & M Produce v. FMC Corp., 135 Cal. App. 3d 473, 186 Cal Rptr. 114 (Cal. Ct. App. 1982).

[416] UCC § 2-302 comment 1. Siehe auch Leff, Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 488 (1967).

[417] Leff, Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L. Rev. 485, 488 (1967) 487. Siehe auch Note, Unconscionability Redefined: California Imposes New Duties on Commercial Parties Using Form Contracts, 35 Hastings L.J. 161, 164 (1983).

[418] ("Unangemessenheiten" während der Vertragsverhandlung), Leff, a.a.O., Seite 487. Siehe auch Davenport, Unconscionability and the Uniform Commercial Code, 22 U. Miami L. Rev. 121, 138 (1967)(equating procedural unconscionability with the "unfair surprise" language of comment 1 to UCC § 2-302).

[419] Leff, a.a.O., Seite 487.

[420] Johnson v. Mobil Oil Corp., 415 F. Supp 264, 268 (E.D. Mich. 1976). Siehe auch Leff, a.a.O., Seite 539.

[421] Siehe e.g., Avery v. Aladdin Products, Inc., 128 Ga. App. 266, 196 S.E.2d 357 (1973)(Das Gericht wendete für die Auslegung strikt den UCC § 2-316 an und gelangt zu dem Ergebnis, daß der vollständige Gewährleistungsausschluß nicht unverhältnismäßig war und verbat die Anwendung der parol evidence rule zum Nachweis der Vereinbarung von Gewährleistungsrechten.).

[422] Ein adhesion contract ist ein standardisierter Vertrag von einem der Vertragspartner für den Vertragsschluß vorgegeben wird und bei dem dem anderen Vertragspartner keine Möglichkeit zur Vertragsgestaltung gegeben wird. Der Entwurf kann nur angenommen oder abgelehnt werden. Steven v. Fielity Co., 58 Cal. 2d 862,882, 27 Cal. Rptr. 172, 185, 377 P.2d 284,297 (1962).

Aus diesem Grund besteht in der Literatur und Judicatur Übereinstimmung, daß Verträge, die das Öffnen einer Folie als Annahmeerklärung einstufen, zu unfairen Überraschungen führen[423] und dem Kunden keine wirkliche verfahrensmäßige Wahlmöglichkeit geben[424].

Zusätzlich stellt das Verhältnis des jeweiligen Kenntnis- und Wissenstandes der Vertragsparteien ebenfalls einen Faktor zur Bestimmung der verfahrensmäßigen unconscionability dar[425]. Bei Software handelt es sich um ein so komplexes Produkt, von dem die meisten Erwerber allenfalls Kenntnis hinsichtlich einzelner Anwendungen haben, wohingegen die Hersteller und auch Verkäufer regelmäßig wesentlich mehr Kenntnis von dieser Ware haben und sich dadurch in einer ungleich besseren Lage als der Kunde befinden[426]. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Softwarehersteller einen Schutzhüllenvertrag benutzt und keine Erklärungen über die Gewährleistung und Garantie in Bezug auf die Stärken und Schwächen des Produkts abgibt.

Deshalb ist auch unter dem Gesichtspunkt der procedural unconscionability von einem solchen Unverhältnis zwischen den Vertragsparteien auszugehen, daß schon aus diesem Grund etwaige Gewährleistungsausschlüsse innerhalb der Tear-Me-Open-Lizenzen als unwirksam angesehen werden müssen.

Es stellt sich als schwierig dar, eine materielle unconscionability innerhalb der Tear-Me-Open-Lizenzen zu finden. Dies liegt zum großen Teil an der verwendeten Wortwahl der jeweiligen Bedingungen als auch der durch den UCC grundsätzlich eingeräumten Möglichkeit, die implied warranties of merchantability und fitness für einen bestimmten Zweck auszuschließen[427],

---

[423] W. Hawkland, Uniform Commercial Code Series, § 2-203:03 (Unfaire Überraschungen sind gegeben wenn (1) die Zustimmung durch Sorglosigkeit oder Unwissenheit der anderen Partei in Kenntnis der ersten Partei erfolgt; (2) die Zustimmung durch Unterschrift auf schwer lesbaren Dukumenten erfolgt.).

[424] Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965) ("Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party.").

[425] W. Hawkland, a.a.O., § 2-302:03.

[426] Die relative "computer literacy" der Parteien war entscheidend für die Findung der Unverhältnismäßigkeit in Glovatorium v. National Cash Register Corp., No. C-79-3393 (N.D. May 1, 1983), aff'd on other grounds, 684 F.2d 658 (9th Cir. 1982).

[427] UCC § 2-316.

was im Falle von Tear-Me-Open-Lizenzen aber regelmäßig (s.o.) nicht der Fall sein wird. Um unter diesem Ausgangspunkt bei einzelnen Klauseln von einer materiellen Unverhältnismäßigkeit ausgehen zu können, müssen besondere Umstände gegeben sein[428].

Sofern es sich um neu entwickelte und besonders innovative Software handelt, haben Gerichte den warranty-Ausschluß bereits als einen angemessenen und damit gerade nicht unverhältnismäßigen Weg angesehen. Diese Wertung gilt aber primär für die Fälle, in denen auf der anderen Seite nicht jegliche Ansprüche des Erwerbers ausgeschlossen werden[429]. Diesen Entscheidungen liegt zugrunde, daß expressed warranties nicht ausgeschlossen werden[430] und somit mit entsprechenden Ansprüchen der Erwerber ein fehlerhaftes, nicht zu billigendes Resultat vermieden werden kann.

Wenn es sich also nicht um besonders innovative Software handelt, dürfte die Wertung der Gerichte im Umkehrschluß zu den oben erwähnten Entscheidungen im Falle von Ausschlüssen von wesentlichen Gewährleistungsrechten innerhalb von Tear-Me-Open-Lizenzen auch materiell als unverhälnismäßig angesehen werden. Damit wird bei der hier relevanten Standardsoftware regelmäßig von einer Unverhältnismäßigkeit der Gewährleistungsbeschränkungen innerhalb von Tear-Me-Open-Lizenzen, sofern diese Ausschlüsse andernfalls Wirkung entfalten könnten, auszugehen sein. Lediglich bei extrem innovativer Software kommt es auf die Einzelfallfrage an, ob dem Erwerber entsprechende weitere Ansprüche verbleiben, um ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden.

ee. Begrenzung der Ansprüche

Da somit grundsätzlich Gewährleistungsansprüche der Erwerber bestehen, bedarf es der Klärung der Frage, ob, und wenn inwieweit, allgemeine Anspruchsbegrenzungen einbezogen werden können. Artikel 2, section 2-719

---

[428] R. Anderson, Uniform Commercial Code, § 2-316:37.

[429] Jacobs v. Metro Chrysler Plymouth, Inc., 125 Ga. App. 462, 188 S.E.2d 250, 253 (1972).

[430] UCC § 2-316 comment 1.

des UCC gibt den Vertragsparteien die Möglichkeit, im Falle eines Vertragsbruchs die gegenseitigen Ansprüche von vorneherein zu begrenzen[431], solange die diesbezügliche Vereinbarung fair und angemessen ist[432] und wenn den Parteien zumindest ein minimaler Anspruch verbleibt[433].

Im Rahmen des UCC bedeutet dies nicht die Möglichkeit der quasi grenzenlosen Reduzierung von Ansprüchen. Der UCC selbst definiert in section 2-719 drei Gründe die zur Unwirksamkeit der Reduzierung von Ansprüchen führt. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Klausel "fails of its essential purpose"[434], unverhältnismäßig ist[435] oder nicht Bestandteil der Verhandlungen zwischen Verkäufer und Käufer war[436].

aaa. Fail of its Essential Purpose

Weder der UCC noch das Common Law geben eine eindeutige Erklärung, was unter dem Begriff "failure of essential purpose" zu verstehen ist[437]. Auch wenn eine Anspruchsbegrenzung auf Nachlieferung oder Rücktritt nach dem UCC erlaubt ist[438], kann dieses Recht unter Umständen als "fail of its essential purpose" angesehen werden[439].

Dabei besteht ein Unterschied zwischen dem Ausschluß von Garantien und dem von Ansprüchen. Der erste reduziert die Verpflichtung einer Partei zur Vertragserfüllung, während der zweite die Verantwortung im Falle eines

---

[431] UCC § 2-719.
[432] Ebenda, comment 1.
[433] UCC § 2-719 comment 1.
[434] Ebenda, comment 2.
[435] Ebenda, comment 3.
[436] Siehe e.g. Van Den Broeke v. Bellanca Aircraft, 576 F.2d 582 (5th Cir. 1978); Monsanto Agricultural Products v. Edenfield, 426 So. 574 (Fla. Dist. Ct. App. 1982); Dougall v. Brown Bay Boat Works, 287 Minn. 290, 178 N.W.2d 217 (1970).
[437] Eddy, On the "Essential" Purposes of Limited Remedies: The Metaphysics of UCC Section 2-719(2), 65 Calif. L. Rev. 28, 39 (1977).
[438] UCC § 2-719(1)(a).
[439] Kalil Bottling Co. v. Burroughs Corp., 127 Ariz. 278, 619 P.2d 1055 (1980). (In einem Kaufvertrag für Computer Hard- und Software ist ein exklusives Nachbesserungsrecht dann unangemessen, wenn der Grund hierfür ein Recht des Verkäufers begründen soll, ohne das ein Nachbesserungsrecht Erfolg haben kann.).

Vertragsbruchs verringert[440]. Ob eine Anspruchsbegrenzung aufgrund eines "fails of its essential purpose" unwirksam wird hängt davon ab, was tatsächlich im konkreten Vertrag ausgehandelt worden ist. Eine Anspruchsbegrenzung muß daher im Zusammenhang mit den gesamten Vertragsbedingungen, die die Verpflichtungen der Parteien beschreiben, gesehen werden.

Vorliegend bestimmen sich die Vertragsbedingungen im wesentlichen anhand der Funktionsbeschreibung der jeweiligen Software. Ausführliche Verhandlungen über die Programnme finden gerade nicht statt. Deshalb ist im wesentlichen darauf abzustellen, welche Funktionsfähigkeit eines Programmes der Erwerber tatsächlich objektiv erwarten durfte. Jedes Softwareprogramm soll einem bestimmten Zweck dienen, wobei sich die konkrete Zweckbestimmung entweder durch den verwendeten Namen oder durch die jeweilige Beschreibung innerhalb der Verpackung ergibt. Beispielsweise beschreibt der Name "Textverarbeitung" ein Programm, mit dem Schreibaufgaben erfüllt werden können[441]. In diesem Fall besteht zweifelsfrei ein Mangel an der Software, wenn die objektiv zu erwartenden Funktionen eines üblichen Schreibprogrammes nicht erfüllt werden. Vorliegend soll nicht im Detail untersucht werden, was ein objektiver Erwerber von einem Textverarbeitungsprogramm erwarten darf oder nicht, da diese Erwartungshaltung mit dem Fortschritt der Software ohnehin fließend ist. Dies soll dann einer Einzelfallentscheidung vorbehalten bleiben.

Sofern dann aber durch Anspruchsbegrenzungen ausschließlich auf die Übergabe einer anderen Diskette desselben Programms abgestellt wird, ist ein "fail of its essential purpose" gegeben. Obwohl der Softwarehersteller gegebenenfalls einen wirksamen Gewährleistungsausschluß für stillschweigende Garantien und Gewährleistungsrechte vereinbart hat, ist eine Gewährleistung hinsichtlich der ausdrücklichen warranty[442], die nicht ausgeschlossen werden kann[443], anwendbar, sofern die Software nicht alle versprochenen Funktionen erfüllt. Bei Programmen die nicht die objektiv minimalen Voraussetzungen erfüllen, wird die ausdrückliche warranty

---

[440] W. Hawkland, Uniform Commercial Code Sereis § 2-719:02.

[441] Für die Beschreibung eines Betriebssystems siehe Toong & Gupta, A New Direction in Personal Computer Software, 72 Proc. IEEE 377,378.

[442] Die schon in einer Produktbeschreibung oder Werbung gesehen werden kann.

[443] UCC § 2-316 comment 1.

gebrochen. Diese ausdrückliche warranty ergibts sich hierbei (s.o.) bereits durch die Vewendung der Kennzeichnung als Textverarbeitungsprogramm. Wie zuvor ausgeführt schreibt der UCC vor, daß für eine faire Schadensersatzforderung auch bei einer Anspruchsbegrenzung ein angemessener Anspruch des Erwerbers bestehen bleiben muß[444].

Andere Fälle sind solche, in denen eingeschränkte warranties nur für einen begrenzten Zeitraum gelten[445]. In den meisten Fällen ist es aber tatsächlich unmöglich, die Fehler an der Software in diesem Zeitraum zu entdecken, es sei denn, das gesamte Programm ist unbrauchbar. Beispielsweise sei auf ein Buchhaltungsprogramm verwiesen bei dem die Fehler des gesamten Jahresabschlußes schon tatsächlich nicht vor Ablauf eines Jahres entdeckt werden können. Auch in diesen Fällen würde ein Nachlieferungsanspruch bzw. Rücktrittsrecht als "fail of its essential purpose" anzusehen sein, da auch Fehler, die überhaupt nicht im vorgegebenen Zeitrahmen entdeckt werden können, vollständig ausgeschlossen sein sollen.

Da die typischen Bedingungen in den Schutzhüllenvereinbarungen die Ansprüche der Kunden auf ein Nachlieferungsrecht bzw. auf den Rücktritt beschränken wollen, sowie die Mängelrüge für Fehler zeitlich eng begrenzen, ist in all diesen Bedingungen ein "fail of its essential purpose" zu sehen, der bei Anwendung des UCC zur Unwirksamkeit der Bedingungen führt.

bbb. Unverhältnismäßigkeit

Die meisten Schutzhüllenvereinbarungen versuchen jegliche Verantwortung für entgangene Gewinne und andere unmittelbaren oder mittelbaren Schäden, die durch den Gebrauch der Software verursacht werden, auszuschließen[446].

---

[444] UCC § 2-719 comment 1.

[445] Die Zeitspanne für IBM's limited warranty beträgt 90 Tage: "IBM warrants the diskettes or cassettes on which the program is furnished to be free from defects in materials and workmanship for a period of ninety (90) days from the date of delivery to you...."

[446] IBM versucht die Haftung für Folgeschäden wie folgt auszuschließen: "IN NO EVENT WILL IBM BE LIABLE TO YOU FOR ANY DAMAGES INCLUDING ANY LOST PROFITS, LOST SAVINGS OR OTHER INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE SUCH PROGRAM...."

Solche Folgeschäden werden definiert als Verluste, von denen der Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis hätte haben können, sie aber nicht angemessen verhindern konnte[447]. Software selbst verkörpert einen selbständigen inneren Wert. Die Nutzbarmachung dieses Wertes liegt in der Möglichkeit, Aufgaben zu erfüllen. Demzufolge sind auch fast alle Verluste, die der Benutzer eines Computers aufgrund eines Software-Fehlers erleidet, Folgeschäden[448]. Der UCC behandelt den Ausschluß oder die wertmäßige Begrenzung von Folgeschäden in Bezug auf Körperverletzungen, die von consumer goods[449] verursacht werden, als prima facie unverhältnismäßig[450].

Wenn es sich bei dem Käufer entweder um einen gewerblichen Anwender handelt, oder der Folgeschaden ausschließlich wirtschaftlicher Natur ist und die Parteien eine gleich starke Verhandlungsposition hatten, gehen die Gerichte zumeist von keiner Unverhältnismäßigkeit einer entsprechenden Beschränkung aus[451]. Eine Unverhältnismäßigkeit kann nach Ansicht der Gerichte beim Vorliegen eines solchen Sachverhalts nur in besonderen Ausnahmefällen bestehen[452].

Das Berufungsgericht des Third Circuit hat in *Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp.*[453] entschieden, daß der Ausschluß des Ersatzes von Folgeschäden innerhalb einer Hard- und Softwareüberlassung nicht unverhältnismäßig war. In diesem Fall handeltes es sich bei beiden Vertragsparteien um Unternehmen und die Klägerin, Erwerberin der Hard- und Software, war Herstellerin von komplexem elektronischen Zubehör.

Der primäre Grund für diese Wertung lag in der vergleichbaren wirtschaftlichen Stellung der Parteien sowie insbesondere an der Tatsache,

---

[447] UCC § 2-715(2). Siehe auch J. White & R. Summers, Uniform Commercial Code § 10-4 (Der Verkäufer ist auch dann haftbar, wenn er die Anforderungen des Käufers hätte wissen können, unabhängig von der Frage, ob das entsprechende Risiko bewußt in Kauf genommen wurde).

[448] Note, UCC § 2-719 As Applied to Computer Contracts-Unconscionability Exclusion of Remedies? Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp., 14 Conn. L. Rev. 70, 98 (1981).

[449] Dazu siehe unten, 2.T.IV.

[450] UCC § 2-719 lautet: "Limitation of consequential damages for injury to the person in the case of consumer goods is prima facie unconscionable...".

[451] Lincoln Pulp & Paper Co., v. Dravo Corp., 436 F. Supp 262 (D.C. Me. 1977).

[452] Ebenda.

[453] Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp., 14 Conn. L. Rev. 70, 98 (1981).

daß eine ausführliche Vertragsverhandlung vor dem Kauf stattgefunden hatte[454]. Demnach waren die Gerichte der Auffassung, daß in jedem Fall keine Unverhältnismäßigkeit in Bezug auf die Verhandlungen vorlagen.

Die Entscheidung in *Chatlos* schließt aber nicht aus, daß eine Anspruchsbegrenzung innerhalb von Softwareverträgen unverhältnismäßig sein kann. In der Vergangenheit haben Gerichte die Erstattung von Folgeschäden sogar dann zugesprochen, wenn individuell ausgehandelte Vertragsklauseln dies explicit ausgeschlossen haben[455]. Sofern ein verborgener Fehler den Schaden verursacht hat und dem Käufer dennoch kein Anspruch zustehen soll, ist der Ausschluß unwirksam[456]. Fehler bei Software sind nicht äußerlich erkennbar. Dies zeigt sich schon darin, daß selbst die Software-Hersteller große Probleme haben, bekanntgewordene Fehler zu lokalisieren[457]. Daher hat der Anwender auch keinerlei Möglichkeiten, die Fehler bei einem Programm durch genaue Untersuchung zu erkennen.

In dem Fall *Majors v. Kalo Laboratories, Inc*[458] hat das Gericht trotz des Ausschlusses von Gewährleistungsrechten und Garantien innerhalb der Vertragsurkunde die Erstattung von Folgeschäden angeordnet. Der Kaufgegenstand war ungeprüfter Dünger, der für den Hersteller unbekannte Fehler aufwies. Das Gericht sah den Ausschluß von Folgeschäden als unwirksam an, weil ein extremes Unverhältnis zwischen den Kosten des Produktes und dem Schaden gegeben war[459]. Überträgt man dieses Ergebnis auf Software, so ist festzustellen, daß die Verluste durch fehlerhafte Programme ebenfalls sehr wahrscheinlich höher sein werden bzw. können, als der Preis für die Softwarekopie selbst. Dies allein ist zugegebenermaßen

---

[454] Siehe e.g., Earman Oil Co. v. Burroughs Corp., 625 F.2d 1291 (5th Cir. 1980); U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc., 509 F.2d 1043 (6th Cir. 1975); Philips Mach. Co. v. LeBlond, Inc., 494 F. Supp. 318 (N.D. Okla. 1980).

[455] Siehe e.g., Majors v. Kalo Laboratories, Inc., 407 F. Supp. 20 (M.D. Ala. 1975).

[456] Neville Chem. Co. v. Union Carbide Corp., 294 F. Supp. 649, 655 (W.D. Pa. 1968), aff'd in part, vacated in part on other grounds, 422 F.2d 1205 (3d Cir. 1969), cert. denied, 400 U.S. 826 (1970).

[457] Immel, Evaluating Software, 3 Popular Computing 43 (Sept. 1984).

[458] 407 F. Supp. 20 (M.D. Ala. 1975).

[459] Ebenda.

kein besonders zwingendes Argument[460]; die Tatsache, daß es sich um versteckte Mängel handelt und die Hersteller, verglichen mit dem Erwerber sich in der weitaus besseren Position hinsichtlich der Lokalisierung und Entdeckung dieses Fehlers befinden bzw. sie sich dagegen besser absichern können, läßt diese Betrachtungsweise schon deutlich zwingender erscheinen.

Der UCC verlangt eine Bewertung des "commercial setting, purpose and effect" der Klausel bevor eine Unverhältnismäßigkeit angenommen werden kann[461]. Während der Ausschluß von Folgeschäden aufgrund unterschiedlicher Verhandlungspositionen unverhältnismäßig sein kann, kann er trotzalledem wirtschaftlich angemessen sein. Den Software-Herstellern würde eine große Last auferlegt werden, wenn sie entweder fehlerfreie Software herstellen, oder aber eine Versicherung gegen alle Eventualitäten abschließen müßten. Es kann wirtschaftlich nicht wünschenswert sein, die Software-Industrie mit solch einer Verpflichtung zu belasten[462]. Dies könnte zu einer extremen Verteuerung der Software führen und kleineren Herstellern würde die Entwicklung neuer Programme dadurch praktisch unmöglich.

Findige Softwarejuristen in den USA haben deshalb eine selbständige Vertragsklausel in die Vereinbarungen implementiert, die eine eventuell bestehende Unverhältnismäßigkeit ausschließen soll Eine solche Klausel ist nach Ansicht der Gerichte regelmäßig unangemessen[463] und steht in keiner vernünftigen Relation zu dem vorhandenen Risiko. Dem Erwerber soll jedes Risiko eines Fehlers der Software einschließlich etwaiger Folgeschäden aufgelastet werden, der Hersteller soll vollkommen freigezeichnet sein. Auch im „Land der unbegrenzten Möglichkeiten“ gibt es Grenzen hinsichtlich vertraglicher Freiheit. Es wäre auch mit keiner ordentlichen Rechtsordnung vereinbar, wenn eine Klausel sämtliche anderen, etwaig unwirksamen Klauseln, wieder im Ergebnis aufleben lassen könnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die jeweiligen Argumente im Einzelfall gegeneinander abzuwägen sind. Tendenziell muß aber von einer

---

[460] Note, Frankly Incredible: Unconscionability in Computer Contracts, 4 Computer L.J. 695, 735 (1983).
[461] UCC § 2-302(2).
[462] Siehe aber: Note, Frankly Incredible: Unconscionability in Computer Contracts, 4 Computer L.J. 695, 735 (1983).

Unverhältnismäßigkeit einer Klausel ausgegangen werden, die grundsätzlich die Verantwortung für alle Schäden und Folgeschäden ausschließt.

ccc. Teil der Verhandlung

Für Tear-Me-Open-Lizenzen stellt sich weiterhin die Frage, ob die zuvor allgemein dargestellten Anspruchsbeschränkungen überhaupt relevant sind. Anspruchsbeschränkungen werden durch die Gerichte jedenfalls dann nicht als wirksam erachtet, wenn sie nicht Verhandlungsthema zwischen Verkäufer und Käufer waren[464]. Die Gerichte haben es abgelehnt, eine Beschränkung als wirksam anzusehen, wenn der Kläger zum Zeitpunkt des Kaufes von dieser Beschränkung keine Kenntnis hatte[465]. Diese Fälle liegen zumeist dann vor, wenn erst die Bedienungsanleitungen Garantie- und Anspruchsbeschränkungen enthalten[466]. Die Gerichte gehen davon aus, daß es den Kunden nicht möglich ist, die Beschränkungen zu erkennen, bevor sie die Ware gekauft haben.

Im Falle von Tear-Me-Open-Lizenzen werden die Anspruchsbeschränkungen schon aus diesem Grund unwirksam sein. Der Kunde wird typischerweise nicht während des Erwerbs auf die Beschränkungen hingewiesen. Regelmäßig befindet sich jedenfalls auf der Ware auch kein eindeutig sichtbarer Hinweis auf die Beschränkungen.

---

[463] Philips Mach. Co., 494 F. Supp. at 324.

[464] Siehe Dougall v. Brown Bay Boat Works, 287 Minn. 290, 178 N.W.2d 217 (Minn. 1970); Pfizer Genetics v. Williams Management, 204 Neb. 151, 281 N.W.2d 536 (Neb. 1979).

[465] Siehe e.g., Pennington Grain & Seed Co. v. Tuten, 422 So. 2d 948 (Fla. Dist. Ct. App. 1982).

[466] Siehe Dougall v. Brown Bay Boat Works, 287 Minn. 290, 178 N.W.2d 217 (Minn. 1970).

ff. Zwischenergebnis

Trotz der ProCD v. Zeidenberg – Entscheidung dürfte momentan wohl noch gelten, daß Bedingungen in Tear-Me-Open-Lizenzen nach den Regeln des UCC keine Wirksamkeit entfalten. In den meisten Fällen kommt schon kein wirksamer Vertrag mit dem von den Herstellern gewünschten Bedingungen zustande. Sollte dies ausnahmsweise aber der Fall sein, sind die einzelnen Klauseln zumeist nicht mit dem UCC vereinbar, oder ein wirksamer Einbezug in den Vertrag scheitert bereits an der fehlenden Verhandlung über die Beschränkungen vor dem Kauf der Software. Als nachgeschobene Bedingungen werden sie unter dem UCC nicht wirksam. Problematisch für die Hersteller ist bei den wohl unwirksamen Tear-Me-Open-Lizenzen die Einräumung einer expressed warranty, die auch ohne Wirksamkeit der einschränkenden Bedingungen von den Gerichten angenommen werden kann. Hieran müssen sich die Hersteller dann festhalten lassen.

gg. Modellgesetz UCITA

Sowohl die Informationsindustrie als auch die Gerichte halten die bestehenden Regelungen aus praktischer Sicht für unbefriedigend. Die Softwarehersteller sind mit der Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen als Kaufverträgen i.S.v. Art. 2 UCC unzufrieden und hoffen, daß durch den Entwurf des „Uniform Computer Information Transaction Act“ (UCITA) Tear-Me-Open-Lizenzen von den Gerichten grundsätzlich als wirksam anerkannt werden.

Ursprünglich wurde angestrebt anstelle des UCITA einen weiteren Artikel – 2B UCC – in den Uniform Commercial Code zur speziellen Regelung von sogenannten Informationsverträgen einzufügen. An diesem Reformentwurf arbeitete die „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) mit dem American Law Institute (ALI) zusammen. Da das ALI in dem lange und auch in der Öffentlichkeit sehr kontrovers diskutiertem Gesetzesentwurf keine gerechte Lösung zwischen den Softwareherstellern und Konsumenten sah[467], kündigte es mit Datum vom 07. April 1999 die

---

[467] vgl. Gomulkiewicz in Houston Law Review 1999, 189.

Zusammenarbeit auf.

Die NCCUSL beschloß den bis dahin erarbeiteten Inhalt des angestrebten Artikel 2B UCC in ein eigenes, für Informationsverträge geschaffenes Modellgesetzt zu kleiden[468]. Für die Sitzung vom 28. Juli bis zum 04. August 2000 ist es nunmehr geplant, dem Entwurf die letztendliche Fassung zu geben. Ähnliches war auch für den Artikel 2b UCC schon mehrfach angestrebt, so daß dieser Termin und ein dann endgültiges Ergebnis abzuwarten bleibt.

Maryland und Virginia haben einen Vorentwurf bereits am 25. April 2000 bzw. 14. März 2000 als Staatenrecht ratifiziert. Gleiches hatten auch Delaware, District of Columbia, Hawaii, Illinois, New Jersey und Oklahoma vorgehabt. In diesen Statten hat man sich letztendlich doch entschlossen, erst die endgültige Fassung abzuwarten.

Durch den UCITA soll eine einheitliche gesetzliche Regelung für Softwarelizenzen und andere Computerinformationstransaktionen geschaffen werden, wodurch insbesondere auch im Bereich der Tear-Me-Open-Lizenzen für Standardsoftware verbindliche Regelungen geschaffen werden sollen. Bislang waren Tear-Me-Open-Lizenzen - wie bereits ausführlich erläutert - in der Regel aufgrund mangelnder Kenntnisnahme der Bedingungen vor Vertragsabschluß nicht wirksam. Die in jüngster Zeit im Bereich der Tear-Me-Open-Lizenzen ergangene Entscheidung ProCD v. Zeidenberg hat dabei schon wesentlichen Einfluß auf den Inhalt des jetzigen Modellgesetzes über den vorherigen Entwurf des Artikel 2B UCC genommen[469].

Die Regelungen des UCITA wären nach deutscher zivilrechtlicher Systematik im allgemeinen Teil des BGB bzw. des Schuldrechts und im besonderen Schuldrecht angesiedelt. Der UCITA soll die Überlassung von Informationen oder Programmen zur begrenzten Nutzung, Vervielfältigung und Weiterverbreitung regeln[470]. Sein Regelungsgehalt umfaßt eine Mischung aus Vertragsrecht, Verbraucherschutzvorschriften, Urheberrecht und quasi-

---

[468] Founds in Federal Communications Law Journal 1999, 99.
[469] vgl. Finkelstein/Wyatt in St. John´s Law Review 1997, 856.
[470] vgl. Kochinke/Günter in CR 97, 129, 135f.

dinglichen Rechten.[471]

Ziel des UCITA ist die heute gebräuchlichen Tear-Me-Open-Lizenzen als "mass-market licenses" weitgehend wirksam werden zu lassen. Lizenzbedingungen sollen grundsätzlich wirksam werden, wenn der Erwerber seine Zustimmung manifestiert, nachdem er von den Bedingungen Kenntnis nehmen konnte, wobei die Lizenzbedingungen nur dann wirksam werden sollen, wenn sie branchenüblich ("customary industry practices") sind[472].

Diese angestrebten Regelungen waren und sind aber nicht unumstritten, da sie sehr einseitig auf die Vorstellungen der Softwarehersteller eingehen und der Anwender keine Möglichkeiten hat, sich gegen die seine Rechte einschränkenden Bedingungen zu wehren. Die ursprünglich als Artikel 2B UCC entworfenen Regelungen sind durch den erheblichen Widerstand in der Öffentlichkeit zwar durch zahlreiche Amendments abgemildert worden, doch werden die Verbraucher weiterhin vor die Wahl des "take it or leave it" gestellt. In Anbetracht der Situation, daß man heutzutage auf die Nutzung von Standardsoftwareprogrammen als modernem Arbeits- und Kommunikationsmittel angewiesen ist, hat der Anwender nur in den seltensten Fällen die Alternative des "leave it", so daß er zwangsläufig die Bedingungen akzeptieren muß.

Auch im Hinblick auf Gewährleistung und Haftung ("Warrenties, Damages, Remedies") sieht der Entwurf Erleichterungen vor. Für Folgeschäden soll beispielsweise nur gehaftet werden, wenn dies in der Lizenz ausdrücklich vorgesehen ist[473]. Die Einführung des UCITA würde konkret bedeuten, daß Softwareproduzenten mehr Möglichkeiten als bisher hätten, Nutzungsrechte zu definieren und die eigenen Risiken zu steuern, praktisch zu minimieren bzw. ganz auszuschließen.

Daß der UCITA große Vorteile für die Hersteller bietet, steht außer Frage. Der UCITA sollte aber einen für beide Seiten gerechten Vertragsabschluß im Bereich der Tear-Me-Open-Lizenzen schaffen. Da der UCITA trotz der Amendments weiterhin die Softwarehersteller bevorzugt, sollen einige der

---

[471] vgl. Kochinke/Günter in CR 97, 129, 136.
[472] vgl. Kochinke/Günter in CR 97, 129, 136.

Hauptkritikpunkte der Verbrauchervertreter nachfolgend dargestellt werden.

aaa. UCITA-209 Mass-Market-Licences

In Section 209 soll der UCITA die Möglichkeit eines gerechten Vertragsschlusses im Bereich der Informationsverträge bieten können. Einfluß auf die Vertragsgestaltung haben aber nach wie vor lediglich die Verfasser der Lizenzverträge, daß heißt die Softwarehersteller. Der Käufer hat lediglich die Wahl des "take it or leave it" und kann die Software allenfalls gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben. Stimmt er den Vertragsbedingungen nicht zu, wird ihm kaum möglich sein, Standardsoftware zu erwerben. Ist er auf diese angewiesen, was für Produkte der Firma Microsoft Inc. bei der Nutzung eines Computers faktisch immer der Fall sein wird, bleibt ihm folglich nichts anderes übrig, als den Bedingungen zuzustimmen. Auf diese Weise können die Hersteller dem Verbraucher sämtliche für sie vorteilhaften Bedingungen diktieren.

bbb. UCITA-110 Contractual Choice of Forum

Section 110 UCITA soll es dem Sofwarehersteller gestatten, den Gerichtsstand zu bestimmen, an dem er verklagt werden kann. Es könnte dann z.B. bestimmt werden, daß ausschließlicher Gerichtsstand in einem bestimmten Staat oder sogar einer bestimmten Stadt ist. Dies soll selbst dann möglich sein, wenn die Softwarefirma und der Kunde selbst ihren Geschäfts- /Wohnsitz an einem anderen Ort haben. Eine Ausnahme hiervon sollen nur die Gerichtsstandsvereinbarungen darstellen, die als unangemessen oder ungerecht (unreasonable and unjust) angesehen werden können. Dies wäre vorrangig dann der Fall, wenn eine solche Gerichtsstandsvereinbarung keinen wirtschaftlich objektiv sinnvollen Zweck verfolgen würde.

Möchte der Käufer den Hersteller im Rahmen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung verklagen, wird die realistische Möglichkeit hierzu durch Nebenkosten, wie z.B. Reisekosten, praktisch wirtschaftlich erheblich

---

[473] vgl. Kochinke/Günter in CR 97, 129, 136.

eingeschränkt, wenn nicht sogar unsinnig. „Mass-Market“ Käufern wird deshalb durch diese Regelung in den meisten Fällen die Möglichkeit verwehrt werden, ihre Rechte angemessen einzuklagen.

Ein weiteres Mittel für Softwarehersteller Prozesse gegen sich zu verhindern, ist die Möglichkeit, von den Kunden zu verlangen, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und auf die ordentliche Gerichtsbarkeit zu verzichten. Innerhalb eines solchen Schiedgerichtsverfahrens bestehen jedoch erheblich Einschränkungen in Bezug auf die Verwendung von Beweismaterial. Überdies sind die Anhörungen und die Verkündung der Entscheidung nicht öffentlich. Somit könnte der derzeit im Verfahren zwischen der US-Kartellbehörde und Microsoft Inc. existente Druck der Öffentlichkeit im Interesse der Softwareindustrie vermieden werden.

ccc. UCITA-807 Measurement of Damages

Mit dieser Vorschrift werden Schadensersatzansprüche durch Bedingungen, die der Lizenznehmer zu erfüllen hat, beschränkt. Der Käufer selbst hat dafür zu sorgen, daß eventuell auftretende Schäden verhindert werden, indem er regelmäßig Backup-Versionen zu erstellen hat. Auf diese Weise können sich die Softwarehersteller häufig hinsichtlich von Folgeschäden aus der Verantwortung ziehen, obwohl sie fehlerhafte Produkte auf den Markt gebracht haben[474].

ddd. Zusammenfassung

Alle diese Regeln bzw. Normen hätten zur Folge, daß der UCITA es den Softwareherstellern ermöglicht, fehlerhafte Softwareprodukte auf den Markt zu bringen, ohne befürchten zu müssen, schadensersatzpflichtig zu werden[475]. Diese Beispiele zeigen, daß der UCITA den Rechtsschutz des Anwenders in hohem Maße beschneidet und die bisher geltenden Regelungen des UCC

---

[474] Ralph Nader in einem von dem Consumer Project on Technology (CPT) gesponsorten Brief vom 31.3. 1997 an Bill Gates, Microsoft.

[475] Rebecca L. Eisenberg "2B or not 2B", vom 03.05.1998 in "San Francisco Examiner, Net Skink".

geradezu "auf den Kopf gestellt" würden. Die Softwarehersteller würden sogar vor der Verantwortung für ihre schlechtesten Produkte geschützt.

Vor der Verabschiedung der endgültigen Fassung wären weit mehr Änderungen angezeigt und geboten gewesen, so daß der Entwurf zumindest den grundlegenden Prinzipien der Fairness entsprochen hätte[476]. Die halbherzigen Amendments stellen jedenfalls keine ausgeglichene Lösung dar.

Dennoch ist es grundsätzlich zu befürworten, den Abschluß von Lizenzverträgen gesetzlich zu regeln. Eine solche Regelung sollte aber dazu dienen, einen ausgewogenen Vertragsabschluß zwischen Hersteller und Anwender zu ermöglichen, was auf diese Weise jedoch nicht möglich ist. Allerdings bleibt abzuwarten, welche Staaten außer Maryland und Virginia den UCITA tatsächlich als State Law übernehmen und insbesondere wie sich die Rechtsprechung hierzu entwickeln wird. In diesem Zusammenhang soll auch auf einen möglichen Grund von Virginia für die Aufnahme des UCITA als State Law hingewiesen werden. Es wird derzeit vehement versucht, High-Tech Unternehmen und Gewerbeparks in Virginia anzusiedeln. Aufgrund dieser poltischen Begleitumstände stellt sich die bisher für die Softwareindustrie sehr positive Gesetzeslage nach dem UCITA als eine freundliche Einladung dar, die in einzelnen Fällen sicherlich eine entsprechende Entscheidung beeinflussen soll und kann.

Sollte der momentane Entwurf implementiert und in den einzelnen Staaten umgesetzt und angewandt werden, dürften die Tear-Me-Open-Lizenzen in Zukunft wirksam werden. Im Ergebnis würde der größte Teil der Vertragsabschlüsse so beurteilt werden, wie dies durch Richter Easterbrook bereits nach der bisherigen Gesetzeslage geschehen ist.

2. Common Law

Sollte ein Gericht nicht an die Regeln des UCC gebunden sein oder kann dieser Code aus anderen Gründen nicht angewendet werden, ist Common

---

[476] Im Ergebnis ebenso, Ralph Nader in einem von dem Consumer Project on Technology (CPT) gesponsorten Brief vom 31.3. 1997 an Bill Gates, Microsoft.

Law anzuwenden. Um zu einer wirksamen Vereinbarung der Bedingungen von Tear-Me-Open-Lizenzen zu gelangen, bedarf es entsprechend dem Common Law "a manifestation of mutual assent on the part of two ... persons"[477]. Dabei muß die Zustimmung nicht mit Worten erfolgen, vielmehr ist auch grundsätzlich ein schlüssiges Verhalten ausreichend[478]. Die Parteien müssen aber positiv wissen oder zumindest Grund für die Annahme haben, daß die andere Partei ein bestimmtes Verhalten als eine Zustimmung wertet[479].

Die Frage, ob eine Partei eine solche Wertung vornimmt, ist eine tatsächliche Frage, für deren Bestimmung die gesamten Umstände des Einzelfalles sowie die Kenntnisse und Erfahrungen der beteiligten Personen zur Auslegung heranzuziehen sind[480]. Die entscheidende Frage des Vertragsschlusses ist nicht die Zustimmung als solche, sondern was die andere Partei berechtigterweise als Zustimmung werten durfte[481]. Ob einen Annahme nach Common Law vorliegt, bestimmt sich aus der Sicht eines objektiven Dritten[482].

Die wesentliche Frage ist also die, ob es als angemessen angesehen werden darf, das Aufreißen einer Folie als die Manifestation der Annahme eines Angebotes einzuordnen. Geht man von einem durchschnittlich verantwortungsbewußten Software-Kunden aus, besteht die Möglichkeit, das Öffnen der um die Diskette befindlichen Folie als Annahme eines Angebotes anzusehen. Zu diesem Ergebnis würden Gerichte insbesondere dann gelangen, wenn sie davon ausgehen, daß der in eigenem Interesse handelnde Software-Kunde eine Verpackungsfolie vor dem Öffnen zumindest oberflächlich lese und die jeweils erkennbaren Hinweise tatsächlich wahrnehme. In einem solchen Fall könnte der Kunde die Kenntnis über das Angebot erlangen und das Öffnen der Folie könnte auch die schlüssige Annahmeerklärung bedeuten[483].

---

[477] Restatement (Second) of Contracts § 3 (1979).
[478] Ebenda, § 19(1).
[479] Ebenda, § 19(2).
[480] Ebenda, § 19(2) comment b.
[481] S. Williston, Contracts § 32 (1957).
[482] Ebenda, § 94.
[483] Der folgende Grundsatz würde dann Anwendung finden: "It will not do for a man to enter into a contract, and, when called on to respond to its obligation, to say that he did not read it when he signed it, or did not know what it contained." Upton v. Tribilock, 91 U.S. 45, 50 (1875).

Offensichtlich stellt somit die Sichtbarkeit, Lesbarkeit und damit Möglichkeit der Kenntnisnahme der Hinweise einen ganz entscheidenden Faktor in Bezug auf die objektive Kenntnis des Software-Kunden dar[484]. Hierzu kann aber vollinhaltlich auf das oben zu den deutschen Softwarenutzern Gesagte verwiesen werden. Es ist weder in Bezug auf die Hinweis innerhalb der Folie, noch auf andere Umstände, beispielsweise hinsichtlich kultureller Unterschiede, in einem solchen Umfang ersichtlich, der eine abweichende Betrachtungseise rechtfertigen könnte.

Corbin bringt das Problem genau auf den Punkt, indem er die Situation dahingehend analysiert, daß der Hersteller die Annahme seines Angebotes durch eine tatsächliche Handlung zu konstruieren versucht, wobei derjenige, der die Handlung ausführt die Handlung überhaupt nicht als Annahmeerklärung verstanden wissen will[485]. Da das Aufreißen einer Folie, in der sich die soeben erhaltene Software befindet, eine tatsächliche Handlung darstellt, die der Kunde regelmäßig nicht als Annahmeerklärung versteht, ist auch das Angebot nicht durch die Handlung angenommen. Die ungewöhnliche, zuvor einseitig definierte Methode der Annahme sowie die fehlende Sichtbarkeit und Eindeutigkeit des Hinweises sind eindeutige Argumente gegen einen wirksamen Vertragsschluß.

Grundsätzlich kann damit festgehalten werden, daß das Öffnen der Folie alleine keine Annahme auf ein Vertragsangebot begründet. Dennoch könnte ein Vertrag durch andere Mechanismen, z.B. ein etwaig rechtserhebliches Schweigen oder die Benutzung zum wirksamen Vertragsschluß führen.

a. Schweigen

Schweigen ist auch im Common Law eine ungewöhnliche Form der Annahmeerklärung und kann in der hier vorliegenden Situation zu großen

---

[484] S.Williston, § 90C.

[485] 1 A.L. Corbin, Contracts § 73(1951) (Wenn A sein Land B für einen Preis anbietet und als Annahmeerklärung eine Handlung wie z.B. das Verzehren eines Frühstücks vorgibt, wird die Einnahme des Frühstucks ohne Zustimmung des B nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung.).

Schwierigkeiten führen. Gewöhnlich setzt ein Schweigen als Annahmeerklärung voraus, daß dies im Vorfeld vereinbart wurde, oder aber der Angebotsempfänger wissen muß, daß ein Schweigen oder ein Nichtstun die Manifestation seiner Zustimmung bedeutet[486]. Diese Kenntnis des Kunden muß schon vor dem eigentlichen Überlassungsvertrag bestanden haben. Um ein Schweigen als Annahme eines Angebotes werten zu können, ist es jedoch nicht ausreichend, eine diesebezügliche Bestimmung einseitig innerhalb einer Tear-Me-Open-Lizenzen vorzunehmen. Da dies aber für das hier relevante Problem der Fall ist, kann im Schweigen keine Zustimmung zu späteren Bedingungen innerhalb der Tear-Me-Open-Lizenzen gesehen werden.

b. Nutzung

Andererseits kann die Nutzung der Software eine schlüssige Annahmeerklärung hinsichtlich der weiteren Bedingungen darstellen. Wenn der Software-Kunde objektiv von der Lizenzvereinbarung innerhalb der Folie zum Zeitpunkt des Erwerbs keine Kenntnis hat[487], hat die Software-Überlassung bereits im Ladengeschäft zu dem Zeitpunkt stattgefunden, als die Software übergeben wurde. Somit kann das in der Folie befindliche Angebot zur Lizenzvereinbarung den Kunden erst nach dem eigentlichen Vertragsschluß zugegangen sein und stellt insofern keinen Teil der ursprünglichen Vereinbarung dar[488]. Die nachfolgende Benutzung könnte dann aber zu der Bewertung führen, daß das nachvertragliche Angebot als Modifizierung der ursprünglichen Vereinbarung angenommen wird[489].

Doch selbst wenn die Gerichte zu der Wertung gelangen sollten, die Lizenzvereinbarung stelle die Modifizierung des vorherigen Vertrages dar, so verlangt das Common Law eine weitere "consideration". Unter consideration kann man grob die Gegenleistung verstehen, die die andere Vertragspartei als ihre Verpflichtung zu erbringen hat. Da der Verkäufer seine ihm obliegenden Verpflichtungen nicht verändert, geschweige denn erweitert, wäre die

[486] Ebenda, § 69(b).
[487] Restatement (Second) of Contracts, § 19 comment b.
[488] Siehe R. Anderson, § 2-204:29. Siehe auch Willoughby v. Ciba Geigy Corp., 601 S.W.2d 385 (Tex. Civ. App. 1979).

Abänderung mangels einer neuen consideration unwirksam. Die Lizenzvereinbarung wird demzufolge nicht wirksam angenommen, da die Annahme unter Common Law das "mirror image" des Angebotes sein muß. Rechtlich stellen die Bedingungen somit lediglich ein weiteres oder aber ein Gegenangebot, je nach tatsächlicher Gestaltung, dar[490].

Wie *Einhorn* zutreffend feststellt, ist die Benutzung der Software dann nicht als Annahme dieses Angebotes/Gegenangebotes zu bewerten, da der Kunde die Rechte zur Nutzung des Programms schon durch den zuvor abgeschlossenen Vertrag erworben hat[491]. Demzufolge bedarf eine Lizenzvereinbarung nach Common Law im Rahmen von Tear-Me-Open-Lizenzen einer ähnlicher Überprüfung wie dies bei Anwednung des UCC der Fall ist.

c. Zwischenergebnis

Auch nach den Regeln des Common Law entfalten die Bedingungen innerhalb einer Tear-Me-Open-Lizenz dann keine Wirksamkeit, wenn der Kunde nicht vor dem Erwerb des Programms auf die Bedingungen in angemessener Art und Weise hingewiesen worden ist.

3. Anwendbarkeit von Louisiana Law

Im Staat Louisiana muß man von anderen Voraussetzungen als in allen anderen Staaten der USA ausgehen. Louisiana ist der einzige Staat, der Artikel 2 des UCC nicht in seine Gesetze übernommen hat. In einigen Situationen vermeidet das Gesetz in Louisiana bestimmte analytische Probleme, die Artikel 2 des UCC aufwirft.

Selbst eine mögliche Einstufung von Software als immaterielles Gut ändert

---

[489] Siehe Karczenewski v. Ford Motor Co., 382 F. Supp. 1346, affirmed mem., 515 F.2d 511 (7th Cir. 1975).

[490] Siehe e.g., Zeller v. National Bank & Trust Co., 79 Ill. App. 3d 170, 34 Ill. Dec. 473, 398 N.E.2d 148 (Ct. App. 1979).

[491] Einhorn ist der Auffassung, daß diese Analyse fehlerhaft ist weil der Nutzer bereits alle Rechte eines Erwerbers erhalten hat bevor die vorgegebene Handlung, die die

nichts an dem Schutz nach den Gesetzen von Louisiana. Die einschlägigen Normen des Louisiana Civil Code für "Sales" gelten für alle Formen des Eigentums, so auch für incorporeal property[492]. Dabei wird in Louisiana vorwiegend eine Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen vorgenommen, wobei letztere nicht von den Gesetzen des Kaufes mitumfaßt werden. Da Standardsoftware, die im Wege von Tear-Me-Open-Lizenzen vertrieben wird, schon begriffsnotwednig vorgefertigt ist, können Gerichte die Überlassung von Software nicht als Dienstleistung einstufen.

Entsprechend des Louisiana Civil Codes bedarf es für einen wirksamen Kauf der Übereinstimmung hinsichtlich des Kaufobjekts und des Preises[493], wobei Louisiana den Ansatz des UCC übernommen hat, nachdem die Regeln des Kaufs auch auf Leasingvereinbarungen anwendbar sind, soweit es sich bei dieser Überlassungsform faktisch nur um die Finanzierung der Ware handelt[494]. Dieselbe Bewertung hat sich auch für Lizenzverträge manifestiert, bei denen - wie beim Leasing – lediglich das Eigentum nicht übergeht. Dementsprechend hat der Louisiana Supreme Court in *General Talking Pictures Corp. v. Pine Tree Amusement Co., Inc.*[495] auch entschieden, daß die Lizenzierung von Filmausrüstung tatsächlich rechtlich einen Kauf darstellt, weil der Lizenznehmer das Eigentum an den Waren an einen Dritten übertragen durfte[496]. Somit werden Leasing- und Lizenzvereinbarungen in Louisiana als "Sales" behandelt, solange die Transaktion wirtschaftlich nur den Ansatz eines Kaufs vermittelt.

Annahme der Lizenzvereinbarung bewirken soll, ausgeführt wird. Einhorn, Seite 513-14.

[492] La. Civ. Code arts. 2448-2455. In Louisiana ist intangible property nicht reguliert, es gibt jedoch eine vergleichbare Klassifizierung: incorporeal property. Article 2449 bestimmt: "Not only corporeal objects, such as movables and immovables, livestock and produce, may be sold, but also incorporeal things, such as a debt, an inheritance, the rights, titles and interests to an inheritance or to any parts thereof, a servitude or any other rights."

[493] La. Civ. Code art. 2439. "The contract of sale is an agreement by which one gives a thing for a price in current money, and the other gives the price in order to have the thing itself. Three circumstances concur to the perfection of the contract, to wit: the thing sold, the price and consent."

[494] Howard Trucking Co., Inc. v. Stassi, 485 So. 2d 915 (La. 1986).

[495] 180 La. 529, 156 So. 812 (1934).

[496] Ebenda. In diesem Fall war die Lizenz auf zehn Jahre begrenzt, weshalb man wohl zum Abschluß einer echten Lizenzvereinbarung gelangt. Ebenda. at 813. Software Lizenzen werden zeitlich unbegrenzt eingeräumt, was sogar ein noch überzeugenderer Beweis für einen Kauf nach Louisiana law ist.

Gemäß der Gesetze des Staates Louisiana wird die Versendung von bestellten Waren als eine Annahme eines Angebotes, ähnlich wie nach dem UCC, bewertet. Dabei muß die Annahme genau dem Angebot entsprechen. Wenn dies nicht so ist, liegt rechtlich ein Gegenangebot vor[497]. Demnach ist die Übersendung von bestellter Software mit zusätzlichen Bedingungen grundsätzlich rechtlich als Gegenangebot anzusehen, sofern eine Lizenzvereinbarung nicht zuvor abgesprochen wurde. Demzufolge stellt in Louisiana die Versendung von Software an den Kunden die Annahme eines Kaufangebotes dar; die Beifügung der Bedingungen innerhalb von Tear-Me-Open-Lizenzen kann nur als unwirksamer Versuch der Aufnahme weiterer und abweichender Bedingungen gesehen werden.

Im Anschluß an diese Bewertung stellt sich lediglich die Frage, ob, abweichend vom Common Law, die widerspruchslose Nutzung der Software nach zumutbarer Kenntnisnahme des weiteren Angebotes des Herstellers der Software als die Annahme dieser Bedingungen angesehen werden kann oder nicht. Nach den Gesetzen von Louisiana bedarf es keiner weiteren "consideration" zur Abänderung eines Vertrages[498].

Anders als nach Common Law hat ein Gericht in Louisiana geurteilt, daß die Bestellung gemäß einer vom Verkäufer auf Anfrage zur Verfügung gestellten Preisliste bereits eine Annahme bedeutet[499]. Werbungen und Anzeigen werden in Louisiana bereits als Angebot angesehen, wenn sie eindeutig sind und alle notwendigen Vertragsbestimmungen beinhalten sowie einen klaren Ansatzpunkt eines Rechtsbindungswillens bieten[500].

---

[497] Litvinoff, Part II-Acceptance, Seiten 194-199.

[498] Eine Consideration im Sinne des common law ist für den Vertragsschluß in Louisiana nicht notwendig. Die Bedingungen sind vielmehr Übereinstimmung, legaler Inhalt und legaler Grund, wobei der Grund nicht der consideration im common law entspricht. Siehe grundsätzlich S. Litvinoff, The Law of Obligations in the Louisiana Jurisprudence 87 (1985). Der Grund muß dabei nicht mehr sein als die Ursache des Käufers für die Zustimmung der Änderung. Folgt man Professor Litvinoff, ist die Änderung eines Vertrages nach common law schwierig, weil man zwei neue consideration benötigt. Demgegenüber wäre die Änderung unter Louisiana law einfacher, weil es nur des Grundes für die Änderung bedarf. 1. S. Litvinoff, Obligations § 284, in 6 Louisiana Civil Law Treatise (1969).

[499] Gulf South Mach., Inc. v. Kearney & Trecker Corp., 756 F.2d 377 (5th Cir. 1985), cert. denied, 106 S. Ct. 229 (1985); siehe Peys, Seite 884.

Aus dem zuvor gesagten ergibt sich in Louisiana zwar die Möglichkeit, schon nach dem allgemeinen Recht zu einem wirksamen Schutzhüllenvertrag zu gelangen, aber die dann wieder dem Common Law und dem UCC angepaßte Bewertung in Bezug auf die Frage der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall läßt doch erwarten, die Bedingungen der Tear-Me-Open-Lizenzen auch in Louisiana nicht erzwingbar werden zu lassen[501]. Dies gilt umsomehr als die weiteren Bedingungen als unwirksam nachgeschobene Vereinbarungen, die auch nicht angenommen worden sind, charakterisiert werden können.

a. Gewährleistungsbeschränkungen in Louisiana

Für den Fall eines wirksamen Softwarevertrages, so wie für alle anderen Verträge auch, gibt es in Loisiana vom UCC und Common Law abweichende Regeln. Nach dem Louisiana Civil Code garantiert der Verkäufer, daß eine verkaufte Sache frei von "redhibitory vices" ist[502]. "Redhibition" soll den Verkauf von defekten oder fehlerhaften Sachen verhindern, wenn sie zu einer völligen Unbrauchbarkeit oder zu einer derartig unbequemen Bedienung führen, daß der Kunde bei Kenntnis dieser Beschränkung die Sache nicht gekauft hätte[503]. Diese Fehler müssen bei einer einfachen Inspektion durch den Käufer immer noch unentdeckt geblieben[504] und auch nicht durch den

---

[500] Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, Inc., 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689 (Minn. 1957) (eine Zeitungsanzeige war hinreichend bestimmt und manifestierte den Rechtsbindungswillen im Falle der Annahme durch die geforderte Handlung).

[501] Dafür spricht gerade die Einführung des Software License Enforcement Act - siehe unten, 2.T.3.b.-, der ansonsten unnötig gewesen wäre.

[502] La. Civ. Code art. 2475. Die Ansprüche im Falle des Bruchs dieser Gewährleistung könnten weiter eingeschränkt sein als die Ansprüche beim Gewährleistungsbruch bei Anwendung des UCC. Wenn der Verkäufer den Mangel nicht kannte, sollte er zur Nachbesserung berechtigt sein. Sollte diese nicht möglich sein muß er den Kaufpreis nebst Vertragskosten ersetzen. La. Civ. Code art. 2531. Im Gegenzug steht dem Verkäufer derselbe Anspruch gegenüber dem Hersteller zu. Ein Verkäufer dem der Mangel bekannt ist, haftet auch für den weitergehenden Schaden inkl.der Anwaltsgebühren. La. Civ. Code art. 2545. Das Ergebnis würde andernfalls im Falle einer Klage des Käufers gegen den Hersteller nach den Gesetzen von Louisiana sein, daß eine Vermutung der Bösgläubigkeit des Herstellers begründet würde mit der Folge der Verpflichtung zum Schadensersatzes inkl. der Anwaltsgebühren, falls eine Garantie gebrochen wird. Siehe Hersbergen, Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code, 43 La. L. Rev. 1315, 1354-58 (1983).

[503] La. Cic. Code art. 2520.

[504] La. Civ. Code art. 2521.

Verkäufer zum Zeitpunkt des Verkaufes offengelegt worden sein[505].

Insofern wären selbst bei wirksamen Abschluß von Tear-Me-Open-Lizenzen die darin enthaltenen Bedingungen zumindest insoweit unwirksam, als das Programm nicht frei von redhibitory vices ist. Zwar kann auch in Louisiana die Gewährleistung ausgeschlossen werden, jedoch unterliegt die Ausschlußvereinbarung strengen, juristisch genau festgelegten Voraussetzungen. Gerichte in Louisiana lassen den Ausschluß von stillschweigenden Garantien gegen redhibitory vices nur zu, wenn erstens der Ausschluß deutlich und in unzweifelhafter Form, zweitens innerhalb der Verkaufsunterlagen und drittens zur Kenntnis des Kunden vor Vertragsschluß gebracht worden ist[506].

Ausschlüsse von Gewährleistungsrechten bei Software-Lizenzvereinbarungen die innerhalb des UCC Geltung hätten, würden aus zumindest drei Gründen in Louisiana unwirksam bleiben. Erstens ist der Ausschluß nicht innerhalb der Verkaufsunterlagen enthalten, sondern an dem Produkt selbst befestigt. Zweitens weist der Ausschluß nicht ausdrücklich auf die redhibitory vices hin, wodurch die notwendige Voraussetzung der Deutlichkeit und Unzweifelhaftigkeit nicht gegeben ist. Drittens wird der Ausschluß dem Kunden nicht vor der Zeit, in der er wirksam werden soll, zur Kenntnis gebracht. Ein Gewährleistungsausschluß wird durch die typischen Tear-Me-Open-Lizenzen in Louisiana nicht wirksam.

Zusätzlich wären auch noch weitere Beschränkungen innerhalb von Tear-Me-Open-Lizenzen gemäß den Gesetzen des Staates Louisiana unwirksam. Obwohl es in Louisiana keine normierte doctrine of unconscionability gibt, bewerten die Gerichte Verträge in denen sie einen Irrtum, eine Täuschung oder eine Übervorteilung erkennen ebenfalls als unwirksam, um unfaire

---

[505] La. Cic. Code art. 2522.

[506] Siehe Prince v. Paretti Pontiac Co., Inc., 281 So. 2d 112 (La. 1973); Theriot v. Commercila Union Ins. Co., 478 So. 2d 741 (La. App. 3d Cir. 1985); Jeansonne v. Leon Pickard Chevrolet, 447 So. 2d 551 (La. App. 1st Cir. 1984); General Motors Acceptance Corp. v. Johnson, 426 So. 2d 691 (La. App. 1st Cir. 1982), writ denied, 433 So. 2d 151 (La. 1983). Siehe auch, Hersbergen, Seite 1363: "[A]n enforceable renunciation of implied warranty is infrequent in a commercial transaction in Louisiana and, in fact, rare in a noncommercial (or `consumer') transaction."

Ergebnisse zu vermeiden[507].

Der Louisiana Civil Code bestimmt ausdrücklich, daß die Existenz eines Irrtums eine vertragliche Übereinstimmung ungültig werden läßt[508]. In dem Fall *Jeansonne v. Leon Pickard Chevrole*[509], der in Bezug auf Gewährleistungsrechte geführt wurde, hat das Gericht eine konkrete Definition eines Irrtums gegeben, aufgrund dessen eine vertragliche Vereinbarung unwirksam wird:

> The Louisiana Civil Code recognizes that in order to have a valid contract there must be consent by the parties ... . Error as to fact can vitiate this consent ... . There is an error as to fact when one is ignorant of a fact which exist ... . It is not every error of fact that will invalidate a contract. Only those concerning a principal cause for making the contract, (either as to the motive for making the contract, as to the person with whom it is made, or as to the subject matter of the contract) will invalidate it ... . An error as to the cause of a contract must relate to the principal cause, which is defined as " ... the motive, and means that consideration without which the contract would not have been made ..."[510].

Diese Irrtumsregelung wird in Louisiana restriktiver angewendet als der vom Wortlaut sehr ähnliche Gewährleistungsanspruch aufgrund eines Fehlers bei der Anwendung von Common Law[511]. Eine Tear-Me-Open-Lizenz in Louisiana

---

[507] Hersbergen erwähnt, daß die in Louisiana gängige Anwendung dieser doctrines bereits zu gerechten Ergebnissen führt, weshalb es keiner neuen doctrine wie der unconscionability notwendig ist. Siehe auch Hersbergen, Seiten 1428 - 1429.

[508] La. Civ. Code arts. 1949, 1950.

[509] 447 So. 2d 551 (La. App. 1st Cir. 1984).

[510] Ebenda, Seite 553. Siehe auch Hersbergen, Seite 1323. Ein ursächlicher Irrtum steht in Relation zur Art des Vertrages, den Vertragsgegenstand, den wertbildenden Faktoren des Gegenstandes, dem G oder jedem anderen Grund. La. Civ. Code art. 1950. Der Irrtum muß dabei ursächlich für den Vertragsschluß und dieser Grund dem Vertragspartner bekannt sein. Bemerke daß article 1949 nunmehr lautet: "Error vitiates consent only when it concerns a cause without which the obligation would not have been incurred and that cause was known or should have been known to the other party." Dennoch kommen die Kommentatoren dieses neuen Artikels zu der Auffassung, daß hierdurch keine Änderung eintritt.

[511] Siehe beispielsweise Hersbergen, Seite 1324: "A business person in Louisiana, as an expert in his trade....must be diligent to spot any potential misunderstandings and make such disclosures as will avoid the same." Hersbergen erwähnt, daß das "common law likewise regards error or mistake as a defect of consent." Aber "one may conclude that common law principles of mistake were inadequate tools with which to achieve just results in contract disputes." Ebenda, Seite 1323. Der Autor geht weiter in der Diskussion wie Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965) wohl in Louisiana entscheiden worden wäre. In dem Fall hätte das Gericht bei einem Kreditverkauf die Klausel für unwirksam erklärt, die im

fällt demnach unter die oben aufgeführte Irrtumsregelung, weil der Software-Anwender regelmäßig die Intention hat, Eigentum am Programm zu erwerben, die Lizenzvereinbarung hingegen das Eigentum beim Hersteller belassen will. Damit unterliegt gemäß des Louisiana Codes der Kunde einem Irrtum und die vertragliche Vereinbarung in Bezug auf die vom Hersteller gewollten Bedingungen ist unwirksam.

Darüberhinaus ist es in Louisiana wesentlich einfacher, mit einer Klage wegen Täuschung zu obsiegen als dies unter Common Law der Fall ist[512], was ebenfalls zur Unwirksamkeit der Lizenzbedingungen führen würde.

> "Fraud is a misrepresentation or a suppression of the truth made with the intention either to obtain an unjust advantage for one party or to cause a loss or inconvenience to the other. Fraud may also result from silence or inaction"[513].

Die Gerichte in Louisiana sehen "im Vorliegen von höchst verdächtigen und ungewöhnlichen Situationen" bereits den Tatbestand der Täuschung verwirklicht[514]. Jedoch steht nicht zu vermuten, daß die Gerichte in einer Softwarelizenzvereinbarung mittels einer Tear-Me-Open-Lizenz bereits eine Täuschung verwirklicht sehen werden. Obwohl die Rechtsfolgen des Öffnens der Folie dem Laien nicht vollkommen verständlich sein werden, selbst wenn er die Hinweise gelesen hat, verschweigen die Hersteller aber regelmäßig keine Tatsachen. Unmittelbare Ansätze, den Herstellern von Software eine tatbestandliche Nötigung zu unterstellen, sind auch nach den Gesetzen des Staates Louisiana nicht evident.

Letztendlich gibt es im Rechtssystem des Staates Louisiana auch das Gegenstück der generellen "breach doctrine", die in Großbritannien und

---

Falle des Zahlungsverzuges die vom Käufer erworbene Ware rückübertragen hätte. Es erscheint gut möglich, daß die Zustimmung des Käufers im Falle Williams auf einem Irrtum beruht. Ebenda, Seite 1328.

[512] Hersbergen is der Ansicht, daß "the failure of fraud to have evolved as a common law protective principle also may have played a role in the development of unconscionability." Er begründet den Unterschied in der Entwicklung zwischen civil and common law mit der caveat emptor doctrine aus dem Bereich des common law. Hersbergen, Seite 1329.

[513] La. Civ. Code art. 1953. Dabei muß der betrügerische Fehler nicht kausal für den Vertragsschluß sein, sondern lediglich bestehen. La. Civ. Code art. 1955: siehe auch Hersbergen, Seite 1330.

Canada weithin bekannt ist[515]. Falls der Verkäufer nicht das liefert, was im Vertrag vereinbart wurde, sind Gewährsleistungsausschlüsse ohnehin unwirksam, weil die Gerichte ein solches Verhalten nicht als Erfüllung der vertraglichen Pflicht anerkennen[516], mihin auch die Wirksamkeit von Gewährleistungsausschlüssen ablehnen.

Nach alledem ergibt sich auch nach den Gesetzen von Louisiana regelmäßig die Unwirksamkeit der in Tear-Me-Open-Lizenzen festgelegten Bedingungen.

b. Software License Enforcement Act

Wie bisher dargestellt, wird die Wirksamkeit von Schutzhüllenvereinbarungen weitgehend in Frage gestellt[517]. Trotz, oder gerade aufgrund dieser Zweifel haben Louisiana[518] und Illinois[519] eine Gesetzgebung als "shrink wrap law" verabschiedet, wodurch derartige Lizenzvereinbarungen wirksam werden sollen. Diese Gesetzgebung sollte die High Tech Industrie wie beispielsweise Softwareproduzenten in die jeweiligen Staaten locken[520]. Letztendlich blieb dieser Versuch der Gesetzgebung erfolglos. Stattdessen ermutigte sie die Hersteller vielmehr, die Anwender in diesen Staaten zu verklagen und führte

---

[514] Hersbergen, Seite 1337 und dort besonders Fußnote 104, citing La. Civ. Code art. 1848 (1870). Article 1848 wurde ersetzt durch La. Civ. Code art. 1957.

[515] Note, Unconscionability and the Fundamental Breach Doctrine in Computer Contracts, 57 Notre Dame L. Rev. 547 (1982), at 551-52. Der Autor glaubt, daß die Idee der "fundamental obligation" dem UCC's "essential purpose" entspricht. Zu berücksichtigen ist aber, daß das Kaufrecht bereits eine Equivalent zur fundamental purpose doctrine besitzt. Die Wirkung ist der Ausschluß von Gewährleistungsbeschränkungen, die den wesentlichen Inhalt des Vertrages abändern.

[516] Hersbergen, Seiten 1349-53. Hersbergen warnt jedoch vor der Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen der Frage des Vorliegens von Gewährleistungsregeln und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft.

[517] Einhorn, The Enforceability of "Tear-Me-Open" Software License Agreements, 67 J. of Pat. Off. Soc'y 509 (1985), S. 518-19.

[518] Louisiana Software License Enforcement Act, La. R.S. 51:1961-1966 (Supp. 1987).

[519] Illinois Software License Enforcement Act, Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 801-808 (Smith-Hurd 1987). Andere Staaten die ihr Interesse an dieser Gesetzgebung geäußert haben sind California, Arizona, Georgia, Washington, and Hawaii. Siehe Einhorn a.a.O., Seite 910 Fußnote 33.

[520] Peys, Commercial Law-The Enforceability of Computer "Box-Top" License Agreements Under the UCC, 7 Whittier L. Rev. 881 (1985) S. 910, citing Russo, Do Box-Top Software License Work ?, 2 Software Protection 1, 12 (1984). Siehe auch Einhorn, The Enforceability of "Tear-Me-Open" Software License Agreements, 67 J. of Pat. Off. Soc'y 509 (1985) Seiten 518-519, Fußnote 39.

somit ironischerweise eher dazu, daß Softwareproduzenten sich innerhalb Louisianas des Software License Enforcement Actes bedienten, sich selbst aber außerhalb der gesetzlichen Regeln in anderen Staaten ansiedelten, um nicht verklagt werden zu können.[521].

Überdies ist Louisiana's Software License Enforcement Act ein Musterbeispiel für Zweideutigkeit, offensichtlich verursacht durch den Wunsch ein schnelles Resultat zu erzielen, ohne jedoch sämtliche Konsequenzen zu bedenken. Die überarbeitete Norm 51:1963 bestimmt, daß eine Handlung, die eine Annahme anzeigt (entweder die Benutzung des Programms oder aber bereits das Öffnen der um die Software befindlichen Folie) den Anwender an alle Bedingungen der Vereinbarung bindet[522]. Die Norm zählt dann bestimmte Bedingungen auf[523], die als vereinbart gelten sollen, solange sie eindeutig formuliert und deutlich sichtbar auf bzw. in der Hülle plaziert sind[524]. Obwohl Garantie- und Anspruchsbeschränkungen nicht ausdrücklich in der Norm erwähnt sind, sollen entsprechende Ausschlüsse gemäß § 1963 des Software Licende Enforcemnet Actes vereinbart sein[525]. Damit steht der Anwender, der Folgeschäden aufgrund einer Fehlfunktion der Software erleidet, ohne normierten Anspruch da, obwohl, wie oben ausgeführt, sich generell die

---

[521] "As drafted, [Louisiana's] Act is self-defeating since non-Louisiana based software publishers can take advantage of the statute, while Louisiana based companies are subjected to the law. The Act actually is a disincentive for high technology companies to locate in Louisiana." Peys a.a.O., Seite 911.

[522] La. R.S. 51:1963 (Supp. 1987).

[523] La. R.S. 51:1964 (Supp. 1987). Die Bedingungen gelten als angenommen, sofern in der Lizenzvereinbarung enthalten sind: (1) Eigentumsübertragung, falls Eigentum übertragen ist, dann (2) Verbot des Kopierens; (3) Verbot der Veränderung, Anpassung, Übersetzung, reverse engineering, decompiling, disassembling, und creating derivative works; (4) Verbot von Übertragung, Abtretung, Vermietung, Kauf oder anderweitiger Verfügung mit Ausnahme des Verkaufs eines Unternehmens; und (5) die fristlose automatische Beendigung der Lizenzvereinbarung wegen Vertragsbruch.

[524] La. R.S. 51:1963 and 51: 1965 (Supp. 1987). Die Lizenzvereinbarung muß bestimmen, daß entweder das Öffnen oder die Nutzung der Software die Annahme begründet. Andernfalls ist die Lizenzvereinbarung nicht vom Act abgedeckt. Die Vereinbarung muß überdies dem Verbraucher die Möglichkeit gewähren, die Bedingungen abzulehnen und stattdessen sein Geld zurück zu bekommen.

[525] Hierbei handelt es sich nicht um alle einschränkenden Regeln die in der Standardsoftwarelizenz enthalten sind. Sie sind nicht im La. R.S. 51:1964 aufgeführt, obwohl sie gemäß La. R.S. 51:1963 für anerkannt gelten. Der Gewährleistungsausschluß und die Anspruchsbegrenzung ergeben sich ansonsten aus Article 2 of the Uniform Commercial Code. Siehe UCC § 2-316 (1977). Louisiana hat Article 2 of the UCC jedoch nicht übernommen; solche Gewährleistungsausschlüsse sind nur selten wirksam in. See La. Civ. Code art. 2520; La. R.S. 51:1401-1408. Siehe auch La. Civ. Code arts. 2475 and 2476.

Ablehnung von Garantiebeschränkungen in Louisiana ergeben[526]. Der Louisiana Software License Enforcement Act normiert ebenfalls, daß er nicht dazu dienen solle, andere State- oder Federal Laws auch nur teilweise zu beschränken bzw. zu beeinflussen[527]. Wenn aber die ersten beiden Paragraphen des Software License Enforcement Actes so wie vorgesehen angewendet werden, ergeben sich sowohl hinsichtlich des Louisiana Civil Laws als auch des Federal Copyright Law Einschränkungen und Widersprüche[528]. Deshalb kann die Wirkung derzeit nur als extrem zweifelhaft angesehen werden. Konsequenterweise müßte der Louisiana Software License Enforcement Act stark geändert, oder sogar wieder aufgehoben werden.

Der Illinois Software License Enforcement Act ist weniger zweideutig[529]. Derjenige, dessen Handlung als Annahme der Lizenzvereinbarung gewertet wird, soll nur an die Bedingungen gebunden sein, die ausdrücklich aufgezählt sind[530]. Die einzelnen Bedingungen entsprechen dann aber wieder denen der Regelung in Louisiana. Ausnahmen stellen nur zwei zusätzliche Regelungen dar, wobei es sich zum einen um die Regelung der Anwaltsgebühren, zum

---

[526] Louisiana law bestimmt, daß die implied warranty against redhibitory defects nur aufgehoben werden kann, wenn (1) der Hinweis schriftlich und eindeutig ist, (2) sich der Hinweis in den Verkaufsdokumenten befindet, und (3) der Hinweis dem Käufer mitgeteilt oder erklärt wurde. Siehe Prince v. Paretti Pontiac Company, Inc., 281 So. 2d 112 (La. 1973); Theriot v. Commercial Union Insurance Co., 478 So. 2d 741 (La. App. 3d Cir. 1985); Jeansonne v. Leon Pickard Chevrolet, 447 So. 2d 551 (la. App. 1st Cir. 1984); General Motors Acceptance Corp. v. Johnson, 426 So. 2d 691 (La. App. 1st Cir 1982), writ denied, 433 So. 2d 151 (La. 1983); Tuttle v. Lowrey Chevrolet, Inc., 424 So. 2d 1258 (La. App. 3d Cir. 1982); Webb v. Polk Chevrolet, Inc., 387 So. 2d 1240 (La. App. 1st Cir. 1980), writ denied, 390 So. 2d 1344 (La. 1980).

[527] La. R.S. 51:1966 (Supp. 1987).

[528] Siehe grundsätlich 17 U.S.C. § 117 (1982 & Supp. IV 1986). Der Copyright Act von 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 stat. 2541, ergänzt durch den Copyright Act von 1980, Pub. L. No. 96-517, 94 stat. 3015, bestimmt, daß der Eigentümer einer Kopie eines Verbraucherprogramms Sicherungskopien fertigen und diese auf ihrem Computer nutzen kann. Louisiana's Software License Enforcement Act hingegen erkennt Klauseln in Softwarelizenzen als wirksam an, die jedwedes kopieren untersagen. Dies scheint einen Versuch darzustellen, das Federal Copyright Law zu beschränken.

[529] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 801-808 (Smith-Hurd 1987).

[530] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 803 (Smith-Hurd 1987): "A person who acquires a copy of computer software will be conclusively deemed to have accepted and agreed to those provisions of the license agreement accompanying the copy which are described in section 4 below...." Es gibt dabei keine Regelung nach der alle Bedingungen der Lizenzvereinbarung als anerkannt gelten. Jedoch bestimmt section 805, "The provisions of this Act will not limit in any manner the

anderen um die Begrenzung der Benutzung des Programms auf einen Anwender und einen bestimmten Compter handelt[531].

Darüberhinaus benennt der Software License Enforcement Act in Illinois drei Bereiche, die nicht verändert oder beeinflußt werden dürfen, und zwar Steuerfragen in Bezug auf Software[532], Urheberrecht[533] und Täuschung am Kunden sowie betrügerische Geschäftsgebahren[534].

Ob jedoch die Software License Enforcement Acts durch die Gerichte anerkannt werden, gilt es in der Zukunft herauszufinden[535], was aber zweifelhaft erscheint. Eine diesbezügliche Entscheidung stammt aus dem Fall *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd*[536]. In *Vault Corp.* hat der United States Court of Appeals für den fünten Distrikt geurteilt, daß das Verbot innerhalb des Louisiana Software License Enforcement Act, eine Anpassung eines lizenzierten Programms durch reverse engineering herbeizuführen, dem Federal Copyright Law widerspricht.

Die Klägerin in diesem Fall produzierte Disketten mit dem eingetragenen Warenzeichen "PROLOK". Diese Disketten enthielten einen Kopierschutz, der ein unerlaubtes Kopieren von jeglicher Software die sich auf dieser Diskette befindet unmöglich macht[537]. Die Beklagte erwarb eine solche PROLOK-Diskette und entwickelte durch reverse engineering ein Programm mit dem Namen "RAMKEY", das den Schutz von "PROLOK" umgehen konnte, was nach dem Federal Copyright Law erlaubt ist. Die Beklagte speicherte

---

effectiveness or enforceability of any of the other provisions of a license agreement accompanying computer software under the provisions of the laws of this State...."

[531] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 804(5) and (7) (Smith-Hurd 1987). Das Verbot der Nutzung der Software auf mehr als einem Computer bzw. von mehr als einem Nutzer ähnelt der Standardsoftwareklausel nach der die Lizenz nur für einen Computer Gültigkeit besitzt. Siehe grundsätzlich Harper, Jr., Software Licensing for Installations With Multiple Microcomputers, 9/3 Computer Education 165 (1985).

[532] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 806 (Smith-Hurd 1987).

[533] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 807 (Smith-Hurd 1987).

[534] Ill. Ann. Stat. ch. 29, para. 808 (Smith-Hurd 1987).

[535] Lotus Development Corp. hat eine Klage gegen einen Nutzer eingereicht, die ohne Präjudiz abgewiesen wurde. Lotus Dev. Corp. v. Rixon, Inc., Civ. No. 84-278-C (D. Mass. Sept. 20, 1984), diskutiert in 2 Computer L. Rep. 1036 (May 1984). Im Anschluß kam es zu einem außergerichtlichen Vergleich. Siehe auch Stern, Shrink Wrap Licenses of Mass Marketed Software: Enforceable Contracts or Whistling in the dark?, 11 Rutgers Computer & Tech. L. J. 51 (1985) S. 52 Fußnoten 7 und 8.

[536] 847 F. 2d (5th Cir. 1988).

RAMKEY auf "CopyWrite" Disketten und verkaufte diese an Interessenten, die Kopien von Programmen auf PROLOK Disketten erstellen wollten. Das Gericht des fünften Distrikts gelangte zu der Ansicht, daß gemäß des Federal Copyright Law: erstens das reverse engineering der Beklagten des Programms PROLOK der Klägerin keine Urheberrechtsverletzung darstelle; zweitens das Programm RAMKEY keine Nachahmung des Programms PROLOK der Klägerin darstelle; und drittens daß der Verkauf der "CopyWrite" Disketten inklusive RAMKEY durch die Beklagte keine Verletzung der Kopierschutz-Programmierung von PROLOK darstelle.

Zumindest die Wirksamkeit des Software License Enforcement Act in Louisiana ist durch diese Entscheidung mehr als nur in Frage gestellt worden. Eine gesetzliche Regelung, die sicherlich zum Rechtsfrieden beitragen könnte, wird auch zukünftig nicht gegen Federal Law verstoßen können, um wirksam zu sein. Derzeit besteht somit auch in Louisiana, trotz des grundsätzlich guten Willens der Legislative, keine Erzwingbarkeit der durch Tear-Me-Open-Lizenz-Verträge angetragenen Bedingungen.

c. Zwischenergebnis

Der von der Legislative in Louisiana eingeführte Software License Enforcement Act wird in seiner bisherigen Form sicherlich nicht zu einer Erzwingbarkeit der Lizenzvereinbarung von Tear-Me-Open-Lizenzen führen. Dafür müsste zuerst ein konsequenter und eindeutiger Gesetzestext verfaßt werden. Damit ist davon auszugehen, daß die Gerichte in Louisiana eher das allgemeine Sales- und Obligations Law, anstelle des Act benutzen werden. Eine Erzwingbarkeit der Schutzhüllenvereinbarungen anhand der allgemeinen Gesetze ist zumindest derzeit in Louisiana als unwahrscheinlich anzusehen.

Etwas anderes könnte sich für Louisiana nur dann ergeben, wenn der Entwurf des UCITA übernommen würde. Die bleibt, genauso wie in den anderen Statten auch, im Moment erst einmal abzuwarten.

---

[537] Der berechtigte Käufer der Diskette wurde jeweils über die Möglichkeit des Kopierens informiert.

II. Tear-Me-Open-Lizenz als nachfolgende Bedingung

Aufgrund bestehender Bundesgesetze besteht die Möglichkeit, daß die im Rahmen der Tear-Me-Open-Lizenzen angetragenen Bedingungen, unabhängig von jedwedem State Law, dem Erwerber das Recht der unbedingten Nutzung entzieht, falls es sich lediglich um eine nachfolgende Bedingung entsprechend dem Copyright Act handelt[538].

Wenn ein Kunde von den Bedingungen bis zum Zeitpunkt des Kaufs keine Kenntnis hat, würde im Falle der Wirksamkeit als nachfolgende Bedingung das Öffnen des Paketes zu einem späteren Zeitpunkt eine Annahme darstellen[539], womit dem Anwender das Eigentumsrecht als nachträgliche Bedingung[540] wieder entzogen würde. Dies träfe dann zu, wenn die Bedingungen tatsächlich als nachfolgende Bedingungen ausgestaltet wären und erst in Kraft treten sollen, wenn der Kunde das Siegel (Folie) der Verpackung bricht, nachdem er das Programm gekauft hat.

Dabei muß nach amerikanischem Recht davon ausgegangen werden, daß die ursprüngliche Überlassungsvereinbarung einen Kauf der Software darstellt. Damit gehen die jeweiligen Eigentumsrechte auf den Kunden über, solange dieser nicht bösgläubig ist. Der Kunde erhält keine weitere „consideration", um die Lizenzvereinbarung anzunehmen. Das spätere Öffnen des Paketes würde dann dem Kunden sowohl das Eigentum an dem Programm wieder entziehen, als ihm auch weitere Beschränkungen auferlegen, ohne dafür eine neue "consideration" zu gewähren. Da damit im Ergebnis die Aufgabe von zuvor besessenen Rechten einhergeht, werden nachgeschobene Bedingungen auch

---

[538] 17 U.S.C. §§ 101-810 (Supp. V 1975). Es gibt auch noch weitere Problempunkte, die jedoch über den Inhalt dieser Arbeit hinausgehen würden aber dennoch erwähnenswert erscheinen, da sie Verbraucherfragen betreffen. Viele tear-me-open licenses beschränken die Rechte der Verbraucher erheblich. Siehe e.g., Information Unlimited Software, Inc. License Agreement. Siehe UCC § 2-302 (1972); siehe auch Cal. Civ. Code § 1670.5 (1979) Reynolds, The Self-Executing License: A Legal Fiction, 2 Computer L. Rep. 549 (1984).

[539] Eine Annahme durch eine Handlung entstammt dem UCC, und der Verkäufer kann die Art und Weise der Annahmeerklärung vorgeben. UCC § 2-206(1). Die Annahme ist durch die Erklärung gegenüber dem Verkäufer erfolgt. UCC § 2-606(1)(a)(1972).

[540] E. Farnsworth, Contracts 541 (1982).

vom Gesetz abgelehnt[541].

III. First Sale Doctrine

Das amerikanische Bundesrecht gewährt dem Urheber das ausschließliche Recht am geschaffenen Werk. Aus diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob hierdurch nicht ohnehin für den Erwerber Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung der Software obliegen. Dies ist grundsätzlich anzunehmen, da aufgrund des Copyright Act von 1976 ("the Act") dem Urheberrechtsschutzinhaber in § 106(3) das ausschließliche Recht das Werk zu vermarkten[542] eingeräumt wird. Demgegenüber besagt § 109 des Act:

> "the owner of a particular copy ... lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner to sell or otherwise dispose of the possession of that copy ... ."[543]

Somit ist nach geltendem Recht des § 109(a) des Act die Vermarktung durch den Schutzrechtsinhaber eines urheberrechtlich geschützten Produktes auf die "first sale doctrine" beschränkt[544]. Nach dieser first sale doctrine steht dem Schutzrechtsinhaber nicht mehr das Recht zu, die Vertreibung des Produktes über den ersten Verkauf der jeweiligen Kopie hinaus zu kontrollieren[545]. Der Ersterwerber der Kopie kann nach eigenem Ermessen diese Kopie verkaufen, vermieten oder anderweitig weitergeben[546]. Vertragliche Weitergabebeschränkungen an der Software-Kopie sind nach geltenden Urheberrecht verboten[547].

---

[541] Siehe State v. Allen, 625 P.2d 844 (D. Alaska 1981); Langford v. Eckert, 88 Cal. Rptr. 429, 9 Cal. App. 3d 439 (1970).

[542] 17 U.S.C. § 106(3) (1982).

[543] 17 U.S.C. § 109(a) (1982).

[544] Die first sale doctrine ist so benannt, weil nach dem Erstverkauf einer Kopie das ausschließliche Recht des Urhebers über die Kontrolle der Verfügung beschränkt wird. Damit unterscheidet die first sale doctrine zwischen dem Urheberrecht ansich (welches unangetastet bleibt) und dem Eigentum an dem materiellen Objekt selbst (welches beschränkt wird). H.R. Rep. No. 987, 98th Cong., 2d Sess. 1 (1984), reprinted in 1984 U.S. Code Cong. & Ad. News 2898.

[545] H.R. Rep. No. 987, 98th Cong., 2d Sess. 1 (1984).

[546] H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess 1 (1976), reprinted in 1976 U.S. Code Cong. & Ad. News 5659, 5693.

[547] House Report at 79. "This does not mean that conditions on the future disposition of copies,...imposed by a contract between the buyer and seller, would be

Eine ganze Serie von Fällen ist durch den United States Supreme Court dahingehend entschieden worden, daß Inhaber von Patenten oder Urheberrechten den Schutzbereich nicht durch eine individuelle Lizenzvereinbarung erweitern können[548]. Alle Fälle hatten die Festlegung eines Weiterverkaufspreises von patent- oder urheberrechtlich geschütztem Eigentum zum Inhalt, welches das Gericht als bereits verkauft ansah. Diese Fälle stehen in Übereinstimmung mit der urheberrechtlichen first sale doctrine die dem Schutzrechtsinhaber jede weitere Disposition über die einmal verkaufte Kopie abspricht[549].

In *Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co.* hat der Supreme Court in letzter Instanzug entschieden, daß die unwirksame Lizenzvereinbarung der Klägerin keinen Anspruch wegen Vertragsbruchs nach Common Law gewährt[550]. Später haben der Congress und andere

---

unenforceable between the parties as a breach of contract, but it does mean that they could not be enforced by an action for infringement of copyright." Id.

[548] Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co., 246 U.S. 8, 38 S. Ct. 257 (1918); Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, 37 S. Ct. 416 (1917); Straus v. Victor Talking Machine Co., 243 U.S. 490, 37 S. Ct. 416 (1917); Bauer v. O'Donnell, 229 U.S. 1, 31 S. Ct. 376 (1912); Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376 (1911); Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339, 28 S. Ct. 722 (1908).

[549] 17 U.S.C. § 109(a) (1986 Supp.).

[550] 246 U.S. 8, 38 S. Ct. 257 (1918) S. 25 and 27. Bemerkenswert ist, daß das Gericht nach Durchsicht aller Bobbs-Merill Fälle weder von einer Patentverletzung, noch von einem Vertragsbruch ausging. Die zurückhaltende Entscheidung des Gerichts in Bobbs-Merrill's nahm auch Einfluß in die Entscheidung in Boston Store. Bezeichnenderweise gab es nur einen weiteren Fall in dem es um Vertragsbruch ging bei dem der Supreme Court's das Ergebnis von Boston Store bestätigt hat, nämlich American international Pictures, Inc. v. Foreman, 400 F. Supp. 928 (S.D. Ala. 1975), rev'd, 576 F.2d 661 (5th Cir. 1978). In diesem Fall ging es darum ob der Kläger noch Urheberrechtsinhaber war oder aber die Beweislast in diesem Urheberrechtsfall für das vorliegen der Anwendbarkeit der first sale doctrine beim Beklagten lag. Wie in dem Parallelverfahren mit einem Filmstudio war die Frage die, ob die Rechte verkauft oder aber unter einem Lease- oder Lizenzvertrag übergeben wurden. Das Gericht stellte sich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Eigentumsrechtes auf den Standpunkt, daß der Besitz ein Anhaltspunkt für das Eigentum darstellt und der Kläger die Beweislast dafür trägt, daß ein erster Verkauf nicht stattgefunden hat. "This allocation of the burden of proof is consistent with that policy of law which seeks to provide for the free circulation of goods in commerce. To facilitate that goal, possession of property is always presumed lawful.... Therefore, one asserting a title has the burden of establishing it." 400 F. Supp. at 933. Dies entspricht der Ratio der Supreme Court Entscheidung in den Bobbs-Merrill Fällen. Der circuit court hat seine Ansicht in diesem Punkt geändert. Die Entscheidung des district court wird mit Ablehnung im Committee Report accompanying section 109 of the new Copyright Act, the

Gerichte eher zu der Ansicht tendiert, daß der Käufer bei einer Verletzung von Waren unter dem Urheberrecht für Vertragsbruch verantwortlich sein kann, sogar wenn die Überlassung als ein Kauf und nicht als eine Lizenzvereinbarung anzusehen ist[551]. Zur Klarstellung sei angeführt, daß sich diese Bewertung regelmäßig auf das vor 1976 verabschiedete Urheberrecht bezog.

Diese Diskrepanz wird bei Softwarelizenzen problematisch. Angenommen ein Gericht kommt zu der Auffassung, die Überlassung von Software als einen Kauf anzusehen. Weiter angenommen der Kunde/Anwender verkauft diese Kopie an einen Dritten entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung in den Bedingungen der Tear-Me-Open-Lizenz. Dann wäre der Kunde nicht für eine urheberrechtliche Verletzung verantwortlich, weil er nach dem Copyright Act die Kopie frei veräußern kann. Obwohl er das Urheberrecht nicht verletzt, kann er dennoch in Bezug auf einen Vertragsbruch aufgrund der individuellen Vereinbarung (Lizenz) verantwortlich sein. Früher hat der Supreme Court jedoch die Ansicht vertreten, daß das Vertragsrecht nach Common Law es verbietet, dem Erwerber Beschränkungen am Eigentum aufzuerlegen nachdem er die Sache gekauft hat[552]. Wenn die Gerichte letztendlich doch einen Anspruch aufgrund eines Vertragsbruches annehmen sollten, würden sich weitere Probleme mit dem jetzt aktuellen Urheberrecht ergeben, wobei Federal Law jedem State Law vorrangig ist, das dieselben Bereiche regulieren soll.

---

revised first sale doctrine, zitiert. H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 1, reprinted in 1978 U.S. Code Cong. & Ad. News 5659, 5694.

[551] United States v. Wise, 550 F.2d 1180, 1187, n.10 (9th Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 929 (1977); rehearing denied, 434 U.S. 977 (1977); American International Pictures, Inc. v. Foreman, 576 F.2d 661, 664, n.3 (5th Cir. 1978); United States v. Bily, 406 F. Supp. 726, 732 (E.D. Pa. 1975); United States v. Wells, 176 F. Supp. 630, 634 (S.D. Tex. 1959); House Report, Seite 5693: "This does not mean that conditions on future dispositions of copies of phonorecords, imposed by a contract between their buyer and seller, would be unenforceable between the parties as a breach of contract, but it does mean that they could not be enforced by an action for infringement of copyright."

[552] Boston Store v. American Graphophone Co., 246 U.S. 8, 25 and 27, 38 S. Ct. 257, 261 (1918). Das Gericht hat sowohl die Haftung für Schutzrechtsverletzungen als auch Vertragsbruch berücksichtigt, wobei aber die Begründung für die Ablehnung eines Vertragsbruches im Falle einer eindeutigen Verletzung der Lizenzvereinbarung fehlt. Weitere Hinweise für das Verbot der Einflußnahme und Beschränkung für verkauftes Eigentum neben der first sale doctrine findet sich in Kartellrechtsfällen. Siehe e.g., Eastex Aviation, Inc. v. Sperry & Hutchinson Co., 522 F.2d 1299 (5th Cir. 1975)

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die meisten in Tear-Me-Open-Lizenzen vorgesehenen Beschränkungen zumindest nach dem Bundes-Urheberrecht von 1976 als unwirksam anzusehen sein werden, sofern die Übergabe von Software als Kauf, mithin als Übertragung des Eigentums angesehen wird. Die Kunden würden zu Unrecht und unnötiger Weise ihrer durch § 109 des Urheberrechts speziell gewährten Rechte beraubt. Eine Schutzhüllenvereinbarung würde den Anwendern ein Recht nehmen, das ausdrücklich vom Congress gewährt wurde. Wenn die Hersteller einen Anspruch für Vertragsbruch durchsetzen wollen, müssen sie nachweisen, daß die weitergehende Vereinbarung einen selbständigen, wirksamen Vertrag darstellt und ein anspruchsbegründender Vertragsbruch vorliegt. Dies dürfte insbesondere aufgrund der oben aufgezeigten rechtlichen Bewertung der Wirksamkeit des „Lizenzvertrages“ regelmäßig scheitern.

IV. Software als Consumer Product

Zu behandeln ist noch das Problem hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem der Kunde die Bedingungen in Bezug auf die Software bemerkt. Dieser Zeitpunkt ist dann wichtig, wenn Software als eine Ware anzusehen ist, die als "consumer good" unter den Magnuson Moss Warranty Act fällt[553]. Dieser Act spiegelt einen Versuch des Congress wieder, durch den die Kunden einen privaten klagbaren Anspruch erhalten, um Garantie- und Gewährleistungsrechte einfacher und besser als nach dem UCC durchsetzen zu können. Er enthält Normen hinsichtlich schriftlicher warranties von consumer products; diese Normen sind recht umfangreich. Das Fazit diese Acts ist, daß der Verkäufer eines "consumer goods" zwar keine "warranties" gewähren muß, aber falls er es tut, sind damit auch ganz bestimmte Verpflichtungen verbunden[554].

Demnach ist eine Offenlegung der Vertragsbedingungen für Gegenstände vor dem Verkauf geboten. Dies gilt fast ausschließlich nur für "consumer

---

[553] Der Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act - 15 U.S.C. §§ 2301-2313 (1985); 16 C.F.R. § 700(1)(a)(1985) – ist die erste bundesrechtlichte Regulierung in Bereich von Gewährleistungsrechten.

[554] Siehe Vergari & Shue, Fundamentals of Computer-High Technology Law, § 3.05.

goods"[555]. Daher bedarf es der Bestimmung, ob Software zu diesen "consumer goods" zählt. Nachdem der Congress die Offenlegung einiger bestimmter Aspekte bei einer Überlassung an Endverbraucher schon reguliert hatte[556], wurde die Notwendigkeit erkannt, den Endverbraucher schon vor dem Zeitpunkt des Erwerbs ausreichende Informationen über das Produkt zukommen zu lassen[557].

Im Magnusson-Moss Warranty Act hat der Congress ein "consumer product" als

> "any tangible personal property distributed in commerce... which is normally used for personal, family, or household purposes"[558]

definiert. Dabei muß es sich nicht um ein Produkt handeln, welches ausschließlich im Haushalt bzw. zu Hause benutzt wird[559]. Das Produkt kann ebenso geschäftlich benutzt werden, solange sein persönlicher, familiärer und privater Gebrauch nicht ungewöhnlich ist. Gemäß dieser Definition muß es sich nur um eine Sache handeln, die üblicherweise innerhalb der aufgezählten Gebrauchsmöglichkeiten eingesetzt wird.

Also muß es sich bei Software um eine Sache handeln, um als ein "consumer product" innerhalb des MMWA angesehen werden zu können. Eine Charakteristik von Software, die den Status einer Sache untermauert, ist die Möglichkeit, sie auch ohne Hardware als ein eigenständiges Produkt anzusehen[560]. Früher wurde Software als Individualsoftware für den jeweiligen Kunden zugeschnitten und wurde wie ein Programmservice als Beigabe zum Hardware-Kauf angesehen[561]. Durch die weitere Marktentwicklung und die Einführung von Personal Computern wurde immer mehr Standardsoftware auf

---

[555] Siehe Magnuson-Moss Warranty Act, 15 U.S.C. §§ 2301-2312 (1982).
[556] Ebenda.
[557] Der Kongress hat ausgeführt, daß der Zweck des Magnuson-Moss Warranty Act ist "to improve the adequacy of information available to consumers, prevent deception, and improve competition in the marketing of products." 15 U.S.C. § 2302 (1982).
[558] 15 U.S.C. § 2301(1) (1982).
[559] 16 C.F.R. § 700.1(a) (1985).
[560] 1 Acquiring Computer Goods and Services 61 (D. Brooks ed. 1982).
[561] Ebenda, 61.

den Markt gebracht[562]. Ein anderes starkes Argument für die Bestimmung von Software als Sache kann sich daraus ergeben, daß die Vertragsparteien schon von dem Verkauf einer Sache ausgehen[563]. Wie bereits erwähnt, liegt es in der Absicht des Verkäufers, eine bereits gefertigte Software und nicht die Dienstleistung eines Programmierers zu verkaufen. Dem Verbraucher ist dabei ersichtlich, daß die Ideen und Konzepte des Softwareherstellers in der Software verkörpert sind. Trotzdem entspricht es der Natur des Software-Massengeschäfts und dem offensichtlichen Wunsch des Kunden, keine Individualsoftware zu erwerben, sondern ein Standardprogramm. Damit entspricht es der Absicht des Kunden, eine Sache und nicht einen Rat oder eine Dienstleistung zu erwerben.

Standardsoftware hat somit sowohl Sach-, als auch Immaterialguteigenschaften[564]. Zutreffend stellt sich damit auch die folgende, von mehrereren Rchtern zwischenzeitlich anerkannte Feststellung dar:

> "A computer program copy is surely distinguishable from pure thought; therefore, it is logical for the law to consider that copy a tangible thing independent of the ideas and intangible ideas onto a tangible medium such as a floppy disk, adds the substance which makes software a tangible product.“

Doch selbst wenn man davon ausgeht, daß die Bestimmung der Sacheigenschaft unter dem MMWA schwierig und nicht einwandfrei getroffen werden kann, hat die Federal Trade Commission (F.T.C.) entschieden, daß alle Zweifelsfälle als "consumer product" angesehen werden, um so den Schutz des MMWA in zweifelhaften Situationen zu gewähren[565]. Somit muß zumindest in allen Fällen des Verkaufs von Standardsoftware von einer Sache im Sinne des MMWA ausgegangen werden.

Darüberhinaus muß aber auch noch der vom MMWA geforderte Anwendungsbereich einschlägig sein[566]. Ein ausschließlicher Gebrauch der

---

[562] Brochstein, The Mass Market Razor/Blade Sell, 225 Publisher's Weekly, Feb. 10, 1984, at 81.
[563] Acquiring Computer Goods and Services (D. Brooks ed. 1982), at 71.
[564] Die Diskette oder CD selbst ist gegenständlich, die darauf verkörperten Ideen und Konzepte sind hingegen nicht materiell.
[565] Commercial Practices, 16 C.F.R. § 700.1(a) (1985).
[566] 15 U.S.C. § 2301(1) (1982).

Sache im häuslichen Bereich ist keine Voraussetzung[567], vielmehr ist es unschädlich wenn sie auch geschäftlicher Nutzung unterliegt. Wie bereits oben festgehalten, ist die Anwendung des MMWA schon dann gegeben, wenn der häusliche Gebrauch nicht unüblich ist[568]. Daß Standardsoftware üblicherweise auch im häuslichen Bereich zur Anwendung gelangt, kann offensichtlich nicht als unüblich angesehen werden. Da es sich somit zumindest[569] für den MMWA bei Standardsoftware um eine Sache handelt, die auch im häuslichen Bereich zur Anwendung gelangt, muß sie auch als "consumer product" im Sinne der Normierung durch den Congress gesehen werden.

Probleme bei den Verbrauchern treten dann auf, wenn durch einen Softwarevertrag, dem eine Schutzhüllenvereinbarung zugrunde lag, der Kunde an verschiedene Beschränkungen[570] gebunden werden soll; so geben die Hersteller an, sie behielten sich das Eigentum an dem Programm vor[571]. Das Recht der Nutzung der Software ist für den Anwender von der Befolgung der Bedingungen innerhalb der Lizenzvereinbarung abhängig[572]. Der Kunde kann die Lizenzvereinbarung durch eine Rückgabe des ungeöffneten Paketes zurückweisen[573]. Gemäß der Regelung des MMWA muß aber auf diese Beschränkungen vor dem Kauf hingewiesen werden.

Dies ist aber gerade nicht der Regelfall, da andererseits eine Tear-Me-Open-

---

[567] 16 C.F.R.§ 700.1(a) (1985).

[568] Commercial Practices, 16 C.F.R. § 700.1(a) (1985).

[569] Ob Standardsoftware grundsätzlich in Amerika als Sache angesehen wird, kann hier dahinstehen und soll auch nicht weiter erörtert werden.

[570] Typische Beschränkungen beinhalten:
A. Nutzungsbeschränkung auf einen Computer;
B. Beschränkungen hinsichtlich Kopieren und Weitergabe;
C. Gewährleistungs- und Garantiebeschräkungen;
D. Anspruchsbegrenzung auf Ersatz des materiellen Trägers; und
E. Beschränkungen in Bezug auf unerlaubte Offenlegung.

[571] Lizenzen begründen nur das Recht der Nutzung des Programms. Aufgrund der Eigentümerstellung kann der Entwickler die Nutzung des Programms kontrollieren und Strafen für Lizenzverstöße erheben.

[572] Siehe e.g. VisiCorp Customer License Agreement. "It (the license) will also terminate if you fail to comply with any term or condition of the License Agreement. You agree upon such termination to destroy the Program and Documentation together with all copies, modifications and merged portions in any form."

[573] Siehe das MicroPro International End User Program License Agreement (Sept. 1982)(MicroPro 1982 License) das festlegt: "Before you open this package, carefully read the following legal agreement.... Opening this package indicates that you accept this agreement and will abide by it."

Lizenz nicht notwendig wäre. Eine Zuwiderhandlung gegen die Richtlinien des MMWA resultiert in der Unwirksamkeit später offenbarter Bedingungen. Damit widersprechen Schutzhüllenverträge dem Sinn des MMWA und die Bedingungen in der Folie entfalten schon deshalb keine Wirkung.

V. Vergleichbare Fälle

Wie bereits oben angedeutet kann, insbesondere aufgrund des u.a. zur Anwendung kommenden Case Law in den USA, ein wertvoller Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen zu einer Einschätzung der Rechtslage von Schutzhüllenverträgen führen. Es gibt viele Fälle, die einer Schutzhüllenvereinbarung sehr ähnlich sind. Die am nächsten liegenden Fälle sind diejenigen, in denen Garantie- und Anspruchsbeschränkungen auf die Etiketten der Behälter gedruckt sind, wie zum Beispiel bei Unkrautvernichtungsmitteln und Samen[574]. Auch wenn eine Analyse dieser Fälle hilfreich ist, muß trotzdem bei der Bestimmung der Wirksamkeit der Ausschlüsse daran gedacht werden, daß die Gerichte nicht die Einzigartigkeit der Probleme bei Software zu berücksichtigen hatten. Diese Einzigartigkeit besteht eben in der Einfachheit, mit der Software kopiert werden kann, ohne daß dies entdeckt würde.

Ein guter Beispielsfall, bei dem vergleichbare Tatsachen gegeben sind, ist *Monsanto Agricultural Prod. Co. v. Edenfield*[575]. *Monsanto* vermarktete sein Unkrautvernichtungsmittel "Lasso" durch Großhändler, die diese Mittel an Einzelhändler und Farmer weiterverkauften[576]. Lasso wurde in Kanistern zu je fünf Gallonen verkauft. Die Etiketten und Bedienungshandbücher waren am Deckel befestigt. Die Etiketten wiesen auf die Beschränkung von Gewährleistungsrechten hin, wonach nur für die chemische Zusammensetzung und die Tauglichkeit für den beschriebenen Einsatz der jeweiligen Mittel gehaftet werden sollte. Die Haftung für einen Verstoß gegen

---

[574] Monsanto Agricultural Prod. Co. v. Edenfield, 426 So 2d 574 (Fla. Dist. Ct. App. 1982).

[575] Ebenda.

[576] Software wird vergleichbar vertrieben. Hersteller geben die Programme an Computergeschäfte die diese an den Endverbraucher geben. Gerichte sehen es nicht mehr als ein juristisches Problem an, daß zwischen Hersteller und Nutzer kein direkter Vertrag besteht und gewähren einen Direktanspruch.

diese Garantien wurde auf die Rückzahlung des Verkaufspreises begrenzt[577]. Folgender Hinweis stand auf dem Titelblatt der Bedienungsanleitung:

> "Read LIMIT OF WARRANTY AND LIABILITY before buying or using. If terms are not acceptable, return at once unopened"[578].

Der Kläger, ein Züchter von Sojabohnen, kaufte das Unkrautvernichtungsmittel, um seine Früchte von Unkraut zu befreien. Unglücklicherweise vermochte das Mittel den Wuchs des Unkrautes jedoch nicht zu stoppen. Stattdessen erstickte das Unkraut die Sojabohnenpflanzen[579]. Das Gericht verwies darauf, daß bestimmte Erfordernisse vorliegen müssen, damit eine Gewährleistungsbeschränkung wirksam wird. Dabei muß dieser Ausschluß schon zwischen den Parteien zumindest mit verhandelt worden sein, wobei der Ausschluß auch keiner ausdrücklich gegebenen Garantie widersprechen darf. Der Ausschluß muß schriftlich, deutlich sichtbar und verhältnismäßig sein[580]. Das Gericht sah alle diese Voraussetzungen in *Monsanto's* Ausschluß als gegeben[581], so daß der Ausschluß wirksam war. Der Kläger ließ sich auch ein, daß er die Anleitungen für die Nutzung des Mittels tatsächlich gelesen hat. Insofern führte das Gericht aus, selbst wenn der Kläger den Ausschluß nicht zum Zeitpunkt des Kaufes gekannt hat, so wurde er trotzdem Teil der Verhandlung zwischen den Parteien, da der Kläger hierzu konkludent durch die Benutzung zugestimmt hat[582].

Andererseits kam ein ähnlicher Fall im selben Staat zu einem anderen Ergebnis, obwohl der gleiche "leading case" wie in *Monsanto* zitiert wurde. In *Pennington Grain & Seed, Inc. v. Tuten*[583] wurden die Garantiebeschränkungen, die auf die Etiketten gedruckt und an den Samensäcken befestigt waren als unwirksam angesehen, weil sie als eine nachträgliche Vertragsänderung angesehen wurden[584]. Dabei seien sie nicht ausgehandelt worden und stellen einen einseitigen Versuch des Verkäufers

---

[577] Monsanto, 426 So. 2d, S. 575.
[578] Ebenda.
[579] Ebenda.
[580] Ebenda, S. 576.
[581] Ebenda, S. 577- 578.
[582] Ebenda, S. 578.
[583] 422 So. 2d 948 (Fla. Dist. Ct. App. 1982).

dar, Verpflichtungen des Vertrages zu begrenzen. Indem das Gericht den Artikel 2 des UCC in der Fassung des Staates Florida interpretiert, läßt es sich ein:

> "The very purpose of the statutory requirement is that any limitation be brought to the attention of the buyer at the time the contract is made. An attempted limitation at the time of delivery long after a contract of purchase is signed does not accomplish this purpose, being a unilateral attempt of a party to limit its obligations."[585]

Sowohl die Gerichte in *Monsanto* als auch in *Pennington Grain* zitierten *Pfizer Genetics, Inc. v. Williams Management Co*[586] um ihre Ergebnisse zu begründen. *Pfizer Genetics* befaßte sich mit Ausschlüssen, die an Samensäcken befestigt waren. Diese Säcke wurden nach Abschluß eines schriftlichen Vertrages zwischen Verkäufer und Käufer ausgeliefert. Das Gericht bestimmte die generelle Regel wie folgt:

> "[D]isclaimers [of] warranty made on or after delivery of the goods by means of an invoice, receipt, or similar note are ineffectual unless the buyer assents or is charged with knowledge as to the transaction."[587]

Dieselbe Begründung wurde auch in *Willoughby v. Ciba Geigy Corp.* benutzt, um einen Garantieausschluß, der an der Seite eines Behälters angebracht war, für unwirksam zu erklären[588]. Der *Pfizer Genetics* Fall war zur Klärung der Frage zurückverwiesen worden, ob die Klägerin von dem Garantieausschluß bei der Überlassung wußte, oder ihr sogar zugestimmt hatte[589].

Das Gericht in *Hill v. BASF Wyandotte Corp*[590]*.* bestätigte die Wirksamkeit eines Ausschlusses der Garantie und eine Beschränkung der Ansprüche durch ein Etikett in einem Fall, der *Monsanto* sehr ähnlich war. Mündliche Versprechungen durch den Verkäufer in Bezug auf die Fähigkeiten des

---

[584] Ebenda, S. 951.
[585] Ebenda, quoting Christopher & Son, Inc. v. Kansas Print & Color Co., 215 Kan. 185, 523 P.2d 709 (1974).
[586] Pfizer Genetics v. Williams Management, 204 Neb. 151, 281 N.W.2d 536 (1979).
[587] Ebenda, S. 155, 281 N.W.2d S. 539.
[588] Willoughby v. Ciba Geigy Corp., 601 S.W.2d 385 (Tex. Civ. App. 1979).
[589] Pfizer Genetics a.a.O.

Unkrautvernichtungsmittels wurden als bloße Anpreisungen eingestuft, anstatt als ausdrückliche warranties zu gelten[591]. Der Ausschluß wurde in erster Linie deshalb als wirksam angesehen, weil der Kläger zugestanden hatte diesen gelesen zu haben.

In vielen Fällen wurden die Garantien auf Etiketten als wirksam angesehen, weil die Kläger die fraglichen Bedingungen tatsächlich gelesen hatten. IBM versucht sich so abzusichern, daß der Anwender die Vereinbarung zumindest irgendwann lesen muß, indem die Bedingungen auch in die Bedienungsanleitung aufgenommen wurden. Wenn dann wirklich Klage erhoben wird, weil ein Kunde mit der Leistungsfähigkeit der Software nicht einverstanden ist, wird IBM argumentieren, daß die meisten Software-Nutzer die Bedienungsanleitung für ein neues Programm zu irgendeinem Zeitpunkt lesen. Dies eröffnet den Gerichten die Möglichkeit, dem Kläger eine Kenntnis des Ausschlusses zu unterstellen. Die Antwort des Klägers auf dieses Argument kann dann sein, daß er zwar den Ausschluß gesehen und auch gelesen hat, aber erst nachdem die Folie entfernt worden war. Auf diese Art und Weise kann er zu Recht behaupten, eine Rückgabe gegen Erstattung des Preises sei nicht mehr möglich gewesen. Damit hat der Kunde nicht nur ein zutreffendes Gegenargument zu dem Vorbringen von IBM, sondern er kann auch davon ausgehen, daß für ihn keine andere rechtliche Wertung zutreffen kann, als für alle Fälle, bei denen die Garantie- und Anspruchsbeschränkungen innerhalb der Bedienungsanleitung als unwirksam angesehen wurden.

All diesen Fällen war gemein, daß die Gewährleistungsausschlüsse nur dann wirksam wurden, wenn sie vor Vertragsschluß dem Erwerber bekannt waren. Andernfalls wurde jeweils ein solcher Ausschluß, zu Recht, als unwirksam angesehen.

VI. Ergebnis

Es besteht deutlich mehr als nur ein Zweifel daran, ob Bedingungen in Tear-

---

[590] 696 F. 2d 287 (4th Cir. 1982).
[591] Ebenda, S. 291.

Me-Open-Lizenzen im amerikanischen Recht von den Gerichten erzwungen werden. Sowohl nach dem UCC als auch dem Common Law muß derzeit davon ausgegangen werden, daß die typische Art der Schutzhüllenverträge für den Kunden überraschend sind und schon deshalb als unwirksam angesehen werden. Darüberhinaus kann auch der in zwei Staaten eingeführte Software License Enforcement Act nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung führen. Da diese Normierungen schon in sich widersprüchlich sind und gegen Federal Law verstoßen, müssen sie auch abgelehnt werden. Zusätzlich verstoßen Schutzhüllenvereinbarungen sowohl gegen die First Sale Doctrine als auch den Magnusson Moss Warranty Act, die den Kunden aber gerade einen Schutz bieten sollen. Ebenso zeigt ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen, daß "beiläufig" erklärte Bedingungen im amerikanischen Recht nicht wirksam werden, wenn diesen entweder nicht ausdrücklich zugestimmt wird oder wenn sie nicht bereits Verhandlungsgegenstand waren.

Zu einer anderen Beurteilung wird es aber in Zukunft bei Anwendung der geplanten Änderung kommen, wenn die aktuell diskutierte Version des UCITA implementiert werden sollte und die einzelnen Staaten diese Regelung entsprechend übernehmen. Tear-Me-Open-Lizenz-Verträge zwischen Softwareherstellern und Anwendern würden dann grundsätzlich wirksam.

3. Teil - Deutsch – Amerikanischer Rechtsvergleich

Im folgenden sollen die wichtigsten Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede herausgestellt werden, um möglicherweise auftretende Probleme für Softwarehersteller und Anwender aufzuzeigen. Berücksichtigt wird dabei sowohl die momentane als auch die zu erwartende zukünftige Rechtslage in bezug auf den amerikanischen Softwaremarkt. Der Schwerpunkt soll hierbei nicht auf den jeweiligen Ansatz im Rechtssystem gelegt werden, sondern auf die von einander abweichenden Ergebnisse und deren Auswirkungen auf Hersteller und Anwender.

Grundsätzlich kann festgehalten werden, daß Zielsetzung und Vertragsgestaltung der Hersteller in beiden Ländern identisch ist. Ziel ist es, über Schutzhüllenverträge vertragliche Bindungen mit den Anwendern einzugehen, um über den Erwerbsvertrag hinaus Rechte zu sichern und Pfichten zu reduzieren.

I. Vertragsart

In Deutschland liegt beim Vertragsabschluß zwischen Anwender und Händler in der Regel ein Kaufvertrag vor, es sei denn, die AGB des Herstellers sind wirksam miteinbezogen worden. In diesem Fall liegt aufgrund mangelnder Eigentumsübertragung ein Lizenzvertrag vor[592]. Findet der Vertragsschluß zwischen dem Hersteller und dem Anwender direkt statt, liegt regelmäßig, gemäß des Wunsches des Herstellers, ein Lizenzvertrag vor[593].

In den Staaten der USA, in denen die Normen des UCC Anwendung finden wird der Vertrag unter den Artikel 2 UCC subsumiert und wie ein "Sale" behandelt. Der abgeschlossene Vertrag stellt dann einen bedingten Verkauf dar, womit dem Lizenznehmer zwar keine Eigentumsrechte eingeräumt werden, dieser aber mit der Software im Rahmen gewisser Beschränkungen frei verfügen darf[594].

---

[592] vgl. 1. Teil, III.
[593] vgl. 1. Teil, IV.
[594] vgl. 2. Teil, 1. a.

In Zukunft dürfte diese Rechtslage aufgrund der geplanten Änderungen keine Bedeutung mehr haben, da dann der Abschluß eines sogenannten „Informationsvertrages“ bzw. Lizenzvertrages gesetzlich genau definiert sein wird[595]. Welche rechtlichen Schlüsse die Gerichte dann hieraus ziehen und inwieweit die Änderung tatsächlich umgesetzt wird, bleibt abzuwarten. Würde der bisherige Entwurf des UCITA übernommen werden, würden internationale Rechtsfälle, die im Zeitalter des Internets alles andere als die Ausnahme darstellen, zu sicherlich noch nicht berücksichtigten Problemen führen[596].

II. Vertragsabschluß und Gültigkeit der Bedingungen

In bezug auf die rechtliche Bewertung des Vertragsschlusses durch das Öffnen der Verpackungsfolie bestehen nach aktueller Gesetzeslage kaum Unterschiede[597] zwischen Deutschland und den USA. Derzeit kommen die von den Herstellern gewünschten Bedingungen nach beiden Rechtsordnungen regelmäßig nicht im Wege von Schutzhüllenverträgen wirksam zustande. Der Grund hierfür liegt in beiden Fällen im wesentlichen an der "Überrumpelung", d.h. an mangelnder vorheriger Kenntnisnahme der Bedingungen durch den Kunden. In beiden Ländern steht zumindest momentan noch der Schutz des Schwächeren im Vordergrund, wobei dies grundsätzlich der Kunde ist.

Die Entscheidung *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* wird zumindest in einigen Staaten der USA die Rechtsprechung beeinflussen, so daß es zukünftig ausreichend sein könnte, wenn der Anwender bzw. Erwerber die Bedingungen der Schutzhüllenverträge zum Zeitpunkt der Nutzung kennt. Bedeutender als diese Entscheidung wird aber die Einführung der geplanten Änderung[598] sein[599], es sei denn, es gelingt den Verbraucherschutzverbänden noch weiter ihren Einfluß geltend zu machen, um den Gesetzesvorschlag in eine andere Richtung zu lenken. Gelingt ihnen dies nicht, werden in den USA Schutzhüllenverträge – evt. in geänderter Gestalt – als "mass-market-

---

[595] vgl. 2. Teil, I.; 1.; b.
[596] siehe hierzu auch Lejeune, in K&R 1999, 210, 217.
[597] vgl. für das deutsche Recht: 1. Teil, III, 2., b., cc.
Für das US – Recht: 2. Teil, I, 1. (1); 2.; 3.
[598] Auf diesen hat die Easterbrook – Entscheidung allerding auch Einfluß genommen.

licenses" zumindest in den Staaten, die die Regelungen des UCITA anwenden werden, überwiegend Gültigkeit haben. Hierbei können die Softwareproduzenten den Anwendern nahezu alle gewünschten Bedingungen, vorwiegend sicherlich Einschränkungen hinsichtlich der eigenen Verantwortung, aufbürden.

In Deutschland dürfte unverändert kaum ein Schutzhüllenvertrag wirksam zustande kommen, wobei die Hersteller jedoch bereits hinreichend durch das Urheberrecht geschützt sind und der Verbraucher seine zur bestimmungsgemäßen Nutzung notwendigen Nutzungsrechte eingeräumt bekommt, so daß bereits in der jetzigen Situation grundsätzlich von einem ausgewogenen Verhältnis gesprochen werden kann.

Es ist nicht zu erwarten, zumindest sind keine Indikatoren hierfür ersichtlich, daß sich der derzeitige US-amerikanische Trend nach Deutschland ausweiten wird. Weitere gesetzliche Regelungen im Bereich der Software außerhalb des Urheberrechts können und sollten jedoch nicht ausgeschlossen werden. Dies wäre aufgrund der immer größer werdenden Bedeutung von Software wünschenswert, um so beiden Seiten hinreichende Rechtssicherheit zu bieten. Ein entsprechendes Gesetz müßte in Deutschland zwangsläufig stark von dem amerikanischen Vorschlag abweichen, um mit bestehendem deutschen Recht vereinbar zu sein. Beispielsweise könnten andernfalls folgende Kollisionen bestehen:

- Ein faktisch vollständiger Gewährleistungsausschluß würde beispielsweise mit § 11 Nr. 10 AGB kollidieren, der eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte ausdrücklich untersagt.

- Ein Ausschluß von Folgeschäden, verursacht durch fehlerhafte Software kollidiert mit § 1 I ProdhG, der verschuldensunabhängig den Ersatz von Folgeschäden, verursacht durch ein fehlerhaftes Produkt[600], gewährt.

- Die in den USA gefundenen Regelungen bezüglich der Haftung und des Schadensersatzes würden gleichermaßen das deutsche Deliktsrecht

---

[599] vgl. 2. Teil, I.; 1.; b.

aushöhlen, und sowohl gegen die Generalklausel des § 9 II Nr. 1 AGBG als auch gegen § 3 AGBG verstoßen.

- Eine Regelung, nach der selbst die Lizenzbedingungen Gültigkeit haben, mit denen ein durchschnittlicher, vernünftiger Vertragspartner nicht zu rechnen braucht, solange er lediglich durch sein Handeln zum Ausdruck gebracht hat, die Software nutzen zu wollen, wäre ebensowenig mit § 3 AGBG vereinbar.

Die Liste könnte noch weitergeführt werden. Die soeben aufgeführten Beispiele zeigen aber bereits deutlich auf, daß die angedachte Änderung in den USA lediglich als Denkanstoß zu einer gesetzlichen Regelung in Deutschland dienen könnte, keinesfalls aber als Vorbild.

Zu denken wäre aber ohne weiteres an eine Regelung, die in das BGB integriert werden könnte. Beispielsweise könnte ein spezielles Kapitel „Software-/Informationsverträge“ eingefügt werden. Hierbei könnten die verschiedenen Vertragsverhältnisse zwischen Hersteller, Händler und Anwender ausführlich berücksichtigt werden. Dies würde aber ausweislich der oben gefundenen Bewertung für die Rechtslage in Deutschland lediglich den Sinn einer Klarstellung haben. Die rechtlich Situation ist bereits heute, wenn auch nicht notwendigerweise auf den ersten Blick, eindeutig genug.

Wichtig wäre allenfalls eine internationale Regelung, so daß auch nach Einführung der Änderung in den USA eine reibungslose weltweite Verbreitung, die sicherlich wirtschaftlich gewünscht sein dürfte, erfolgen kann.

Solchen Bestrebungen gehen die USA bereits nach. Sie streben internationale Regelungen sowohl durch die WIPO[601] als auch in der WTO[602] an[603]. Im Umfang der derzeit geplanten Änderung werden sie mit diesem Vorhaben jedoch kaum Erfolg haben. Eine solch weitgehende Regelung dürfte nicht nur in Deutschland, sondern zumindest auch in anderen europäischen Staaten mit

---

[600] Nach ProdHG zählt ein Computerprogramm zu den beweglichen Sachen und fällt damit unter den Produktbegriff (Taschner-Kommentar).
[601] World Intellectual Property Organization.
[602] World Trade Organization.
[603] vgl. Aoki, III. (Aoki, Keith „The Stakes of Intellectual Property Law“ ...).

der bestehenden Gesetzeslage nicht vereinbar sein[604].

III. Einräumung von Nutzungsrechten

Nach deutschem Recht liegen grundsätzlich sämtliche Urheberrechte beim Softwarehersteller. Die Nutzungsrechte aber, die dem Käufer im Rahmen einer bestimmungsgemäßen Nutzung übertragen werden müssen, werden ihm mit Abschluß des Kauf- oder Lizenzvertrages bereits aufgrund der Regelung des § 69 d UrhG gewährt. Weder bedarf es einer Zustimmung des Herstellers, noch hat dieser die Möglichkeit, diese Rechte vertraglich einzuschränken. Einer schuldrechtlichen Regelung in Bezug auf die übliche, bestimmungsgemäße Nutzung der entsprechenden Programme bedarf es folglich nicht. Lediglich die Gestattung darüberhinausgehender Rechte oder Pflichten bedarf einer vertraglichen Regelung. Ein solcher Bedarf wird zumindest bei Standardsoftware regelmäßig auszuschließen sein[605].

Was in Deutschland urheberrechtlich en detail festgelegt ist, bedarf der schuldrechtlichen bzw. vertraglichen Klärung in den USA. Die geplante Neuregelung soll dies ändern. So soll die Überlassung von Informationen bzw. Computerprogrammen zur begrenzten Nutzung, Vervielfältigung und Weiterverbreitung geregelt werden. Als Konsequenz sollen Tear-Me-Open-Lizenzen als „mass-market-licenses“ weitgehend wirksam sein, solange der Anwender seine Zustimmung manifestiert und die Bedingungen branchenüblich sind[606]. Durch diese Regelung kann der Hersteller Nutzungs- und Gewährleistungsrechte nach seinen Vorstellungen bestimmen und Risiken steuern.

IV. Gewährleistungs- und Anspruchsbeschränkung

In Deutschland ist der Ausschluß bzw. die Beschränkung der Gewährleistungsrechte sowohl aufgrund des § 11 Nr. 10 AGBG, als aber auch aufgrund der grundsätzlich unwirksamen Bedingungen innerhalb der

---

[604] vgl. allein die EG Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzes.
[605] Vgl. 1. Teil, II., 1.

Schutzhüllenverträge nicht zulässig.

Anders sieht es in den USA aus. Gundsätzlich ist in den USA der Ausschluß von Gewährleistungsrechten zulässig. Voraussetzung ist aber, daß dieser "eindeutig" ist. Häufig scheitert der Ausschluß an diesem Kriterium. Ist dieses Kriterium im Einzelfall erfüllt, können sämtliche Gewährleistungsrechte ausgeschlossen werden, es sei denn, der Ausschluß ist z.B. gemäß der “doctrine of unconscionability“ unwirksam[607].

Im Staat Louisiana gilt ebenfalls, daß Gewährleistungsrechte ausgeschlossen werden können. Da aber strengere Anforderungen zu stellen sind, scheitert auch dort regelmäßig die Wirksamkeit eines solchen Ausschlußes. Auch der eingeführte Software License Enforcement Act ändert an dieser Situation nichts[608].

Gegenseitige Ansprüche können im US – amerikanischen Recht von vorneherein begrenzt werden. Diese Möglichkeit ist in der geänderten Regelung ebenfalls vorgesehen. Für den Fall eines Vertragsbruchs können die Ansprüche begrenzt werden, solange die diesbezügliche Vereinbarung fair und angemessen ist und den Parteien zumindest ein minimaler Anspruch verbleibt[609].

V. Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich für die derzeitige Gesetzeslage festhalten, daß in Bezug auf die rechtliche Bewertung erstaunlicher Weise nur sehr geringe bzw. keine Unterschiede bestehen. Nach beiden Rechtsordnungen kommen derzeit regelmäßig keine Schutzhüllenverträge wirksam zustande. Dies wird sich aber mit der Einführung der geänderten Regelung in den USA und der dort teilweise zu findenden Tendenz in der Rechtsprechung, sich stärker an wirtschaftlichen Bedürfnissen zu orientieren, ändern.

Diese Entwicklung läßt den Softwaremarkt für Hersteller kontrollierbar werden,

---

[606] vgl. 2. Teil, I., 1., b.
[607] vgl. 2. Teil, I., 1., b., (2).
[608] vgl. 2. Teil, I., 3., a.
[609] vgl. 2. Teil, I., 1., b., (3).

d.h. der Hersteller kann Nutzungs- und Gewährleistungsrechte nach seinen Vorstellungen bestimmen und Risiken steuern. Für die amerikanischen Softwarehersteller wird dies das Problem mit sich bringen, daß die in den USA dann gültige Handhabung der Schutzhüllenverträge nicht auf Deutschland übertragbar ist und es Alternativen bedarf, um dieses Ergebnis international durchsetzen zu können.

Für deutsche und andere nicht amerikanische Sofwareproduzenten hingegen wird der US-Markt in juristischer Sicht besser einschätzbar werden. Die bisherigen, größtenteils berechtigten Bedenken in bezug auf extreme Schadensersatzklagen werden weitgehend zerstreut. Es wird allerdings noch eine Weile dauern, bis sich die Veränderungen tatsächlich bemerkbar machen, so daß in der momentanen Situation eher davon ausgegangen werden sollte, daß Schutzhüllenverträge nicht wirksam abgeschlossen werden.

In beiden Ländern ist folglich unter der momentan gültigen Gesetzeslage in Anbetracht der gängigen Softwareprobleme (wie z.B. Pogramm-Piraterie) zu überlegen, wie sich Hersteller schützen können. Es sollte ein Gleichgewicht geschaffen werden, so daß keine Partei unverhältnismäßige Nachteile erleiden muß. Von sich aus hat der Hersteller bereits verschiedene Möglichkeiten einen ausreichenden Schutz seiner Ware zu erzielen. Neben den technischen Varianten wie z.B. der Verwendung eines Dongles[610], kann er insbesondere durch eine angemessene Vertragsgestaltung sein erwünschtes Ziel erreichen.

Voraussetzung ist in erster Linie die Aufklärung des Kunden in bezug auf die Besonderheit der Vertragsgestaltung bei Standardsoftware, insbesondere den Wunsch des Abschluß eines Zweitvertrages mit dem Hersteller. Wenn dem Kunden von vorneherein deutlich gemacht würde, daß er neben dem Erwerbsvertrag auch noch einen Vertrag mit dem Hersteller schließen muß, würde nach beiden Rechtsordnungen die Wirksamkeit der Schutzhüllenbedingungen, sofern diese inhaltlich nicht gegen geltendes Recht (z.B. AGBG) verstoßen, möglich sein.

---

[610] technische Möglichkeit Software nur mit Einsatz dieses „Teils“ nutzen zu können.

Der sicherste Weg, insbesondere aus praktischen Beweisgründen, scheint die Wahl eines Registrierkartenvertrages darzustellen, bei dem beispielsweise ein notwendiges Kennwort erst nach Rücksendung der unterschriebenen Registrierkarte übersandt wird. Auf diesen Umstand wäre aber vor Abschluß des Kaufvertrages ausdrücklich hinzuweisen. Zwar ist die Angst der einzelnen Lieferanten durch ein solches Procedere eventuell Kunden zu verlieren nachvollziehbar, wenn aber die gesamte Industrie aufklärend vorgehen würde, wäre dieses Argument praktisch entkräftet.

Wenn die Hersteller von Software sich aber nicht im Rahmen der zumutbaren Möglichkeiten selbst schützen, soll es und kann es nicht die Aufgabe der Rechtsordnung und -sprechung sein, dem im Einzelfall begehrten Interesse der Industrie Rechnung zu tragen. Anzuraten ist den Softwareherstellern vielmehr eine entsprechende vorvertragliche Aufklärung und Beratung der Kunden.

Literaturverzeichnis

Anderson, R., Uniform Commercial Code 47, 3d ed., Rochester, New York, 1982.

Annotation, Application of Warranty Provisions of Uniform Commercial Code to Bailments, 48 A.L.R. 3d 668 (1973).

Augner, Jörn, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung: § 151 BGB in rechthistorischer und rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt, 1985.

Bachofer, Thomas, Der OEM - Vertrag in CR 1988, 1.

Bader, Peter, Probleme der Garantiekarte, in NJW 1976, 209.

Bartl, Harald, Rechtliche Problematik der Softwareverträge, in BB 1988, 2122.

Bartsch, Michael, Softwareüberlassung – was ist das?, in CR 1992, 393

Baur, Jürgen F / Stürner, Rolf, Sachenrecht, 16. Aufl., München, 1992.

Bohlig, Manfred, Warenzeichen: Eine Alternative Schutzmöglichkeit für Computerprogramme?, in CR 1986, 126.

Brehm, Wolfgang, Zur Vertragsgestaltung beim Vertrieb von Standardsoftware, in Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992.

Brehm, ders. Allgemeiner Teil des BGB, 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1994.

Brehmer, Nikolaus, Willenserklärung und Erklärungsbewußtsein - BGHZ 91, 324, in JuS 1986, 440.

Breidenbach, Stephan, Computersoftware in der Zwangsvollstreckung (I) in CR 1989, 873.

Brochstein, The Mass Market Razor/Blade Sell, 225 Publisher's Weekly, February 10, 1984.

Brooks, Shrink-Wrapped License Agreements: Do they Prevent the Existence of a "First Sale"?, in 1 Computer Law. 17, 1984.

Brox, Hans, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 21.. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

Bullinger, Manfred Georg, Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Garantiekartenverträge, in NJW 1979, 2555.

Canaris, Claus-Wilhelm, Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, in NJW 1974, 521.

Canaris, ders., Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in Festschrift für Wilburg, 1975, 77.

Cooper, Forming and Enforcing "Tear-Me-Open" Licenses, Practising L. Inst. Computer Law 4, November 1983.

Corbin, On Contracts, St. Paul, Minneapolis, 1951.

Davenport, Unconscionability and the Uniform Commercial Code, 22 U. Miami L. Rev. 121, 1967.

Dörner, Heinrich / *Jersch*, Ralf, Die Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge, in IuR 1988, 137.

Eddy, On the "Essential" Purposes of Limited Remedies: The Metaphysis of UCC Section 2-719(2), 65 Calif. L. Rev. 28, 1977.

Ehricke, Ulrich, Gewährleistung und Haftung für fehlerhafte Computerprogramme im englischen Recht, in CR 1990, 451.

Einhorn, The Enforceability of "Tear-Me-Open" Software License Agreements, 67 J. of Pat. Off. Soc'y 509, 1985.

Eisenberg, Rebecca L., „2B or not 2B", vom 03.5.1998 in San Francisco Examiner, Net Skink", www.examiner.com/skink/skinkMay3.html.

Ellinghaus, In Defense of Unconscionability, 78 Yale L.J. 757, 1969.

Emmerich, Volker, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. Juni 1984 - IX ZR 66/83, in JuS 1984, 971.

Engel, Friedrich-Wilhelm, Mängelansprüche bei Softwareverträgen, in BB 1985, 1159.

Engel, ders., Produzentenhaftung für Software, in CR 1986, 703.

Erdmann, Willi, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, in CR 1986, 249.

Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 9. Aufl., Münster, 1993. *zitiert*: Bearbeiter in Erman.

Fabricius, Fritz, Stillschweigen als Willenserklärung, in JuS 1966, 1.

Farnsworth, Allan E., Contracts, Boston, Toronto, 1982.

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 9 Aufl., Berlin, New York, 1997.

Finkelstein, Thomas – *Wyatt,* Douglas C., Shrinkwrap Licenses: Consequences of breaking the seal, in St. Johns´s Law Review, 1997, 839

Fischer, Ernst, Zur Formbedürftigkeit von Lizenzverträgen, in GRUR 1959, 124.

Founds, Gary, L., Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: 2B or not 2B, in Federal Communications Law Journal, 1999, 99.

Freund, Rudolf, Die stillschweigende Vertragsannahme, Diss., Breslau, 1899.

Fromm, Friedrich Karl / *Nordemann*, Wilhelm, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 8. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 1994. zitiert: Bearbeiter in Fromm/Nordemann.

Frotz, Gerhard, Verkehrsschutz in Vertretungsmacht - Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit, Frankfurt, 1972.

Gamm, Otto F. Frhr. v., Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, in WRP 69, 96.

Gamm, ders., Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, 2. Aufl., Köln, 1990. *zitiert*: v. Gamm, Kartellrecht.

Goldberg, Software Protection and Marketing, 2 Practising Law. Inst. Computer Law, 1983.

Gomulkiewicz, Robert W., How copyleft uses license rights to succeed in the open software revolution

and its implications for article 2B, in Houston Law Review, 1999, 179.

Gorny, Peter / *Kilian*, Wolfgang, Computersoftware und Sachmängelhaftung, Stuttgart, 1985. *zitiert*: Bearbeiter in CS+SH.

Gordon, Disks and Drives, Computer and Elec., February 1984.

Greve, Kai, Haftung für Datenverarbeitung, Diss., Frankfurt, 1988.

Gudian, Gunter, Fehlen des Erklärungsbewußtseins, in AcP 169 (1969), 235.

Habel, Oliver Michael, Nutzungsrechte an Standardanwenderprogrammen, München, 1989.

Hanau, Peter, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, in AcP 165 (1965), 220.

Harper, Jr., Software Licensing for Installations with Multiple Microcomputers, 9/3 Computer Education 165, 1985.

Hauptmann, Peter-Helge, Abhängige Beschäftigung und der urheberrechtliche Schutz des Arbeitsergebnisses: eine Untersuchung der Nutzungsrechte und Vergütungspflichten am Beispiel der Entwicklung von Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis, Frankfurt/a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1994.

Hawkland, William D., A transactional guide to the Uniform Commercial Code Series, Philadelphia, 1964.

Heiseke, Jürgen, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille bei Willenserklärungen, in MDR 1971, 355.

Hersbergen, Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code, 43 La. L. Rev. 1315, 1983.

Hesse, Hans Gerd, Mit Kanonen gegen Spatzen - Bemerkungen zu § 34 GWB, in GRUR 1984, 324.

Heussen, Benno / *Kilian*, Wolfgang, Computerrechts-Handbuch, 9. Ergänzungslieferung, August 1996. *zitiert*: Bearbeiter in Computerrechts-Handbuch.

Heymann, Thomas, Der Unsinn mit dem Schutzhüllenvertrag, in PC-Woche vom 16.2.1987, 26.

Heymann, ders., Haftung des Softwareimporteurs, in CR 1990, 176.

Hoeren, Thomas, Softwareüberlassung als Sachkauf, München, 1989.

Holmes, Application of Article Two of the Uniform Commercial Code to Computer System Acquisitions, 8 Rutgers Computer Tech. L.J. 1, 1982.

Hubmann, Heinrich, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Aufl., München, 1995.

Immel, Evaluating Software, 3 Popular Computing 43, September 1984.

Immenga, Ulrich / *Mestmäker*, Ernst-Joachim, *u.a.*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., München, 1992. *zitiert*: Bearbeiter in Immenga/Mestmäker.

Jauernig, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., München, 1997.

Junker, Abbo, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4.November 1987 - VIII ZR 314/86, in JZ 1988, 460.

Kahlenberg, Harald, Novelliertes deutsches Kartellrecht, in BB 1998, 1593.

Kaysers, Hans Henning, Der Verwendungsersatzsanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, Bielefeld, 1968.

Kellmann, Christof, Grundprobleme der Willenserklärung, in JuS 1971, 609.

Kilian, Wolfgang, Haftung für Mängel der Computersoftware, Heidelberg, 1986.

Koch, Frank Alexander / *Schnupp*, Peter, Softwarerecht, Band I, Berlin u.a., 1991.

Kochinke, Clemens / Günther, Andreas, Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA, in CR 1997, 129.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 22. Auflage, München, 1994.

Köhler, ders., Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage, in JA 1979, 498.

Köhler, ders., Rechtsfragen zum Softwarevertrag, in CR 1987, 827.

Köhler, Reimar, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, München, 1968. *zitiert*: Köhler, Rechenprogramme.

König, Mark M., Das Computerprogramm im Recht, Diss., Köln, 1991.

König, Michael, in NJW 1990, 1584.

König, ders., in NJW 1992, 1731.

König, ders., Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, in NJW 1993, 3121.

Kolle, Gert, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, in GRUR 1982, 443.

Kornhauser, Unconscionability in Standard Forms, 64 Calif. L. Rev. 1151, 1976.

Kort, Michael, Produkteigenschaft medizinischer Software, in CR 1990, 171.

Kramer, Ernst A., Schweigen als Annahme eines Antrages, in Jura 1984, 235.

Kuhlmann, Jan, Kein Rechtsschutz für den Kopierschutz?, in CR 1989, 177.

Langen, Eugen / *Niederleithinger*, Ernst / *Ritter*, Lennart / *Schmidt*, Ulrich, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 8. Aufl., Neuwied, 1998. *zitiert*: Langen.

Larenz, Karl / Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München, 1997. *zitiert*: Larenz, AT.

Larenz, ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München, 1986. *zitiert*: Larenz, Schuldrecht II.

Lauschke, Hans-Ulrich, Über die Patentierbarkeit einer Folge von Steuerkriterien und anderer Merkmale datenverarbeitender Anlagen, in GRUR 1973, 341.

Leff, Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L.Rev. 485, 1967.

ders., Contract as Thing, 19 Am. U.L. Rev. 131, at 156 (1970).

Lehmann, Michael, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln, 1993. *zitiert*: Bearbeiter in Lehmann.

Lehmann, ders., Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland, in NJW 1988, 2419.

Lehmann, ders., Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 10. Februar 1989 - 2 U 290/88

abgedruckt in CR 1989, 685.

Lehmann, ders., Das neue Software - Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, in NJW 1993, 1822.

Lejeune, Mathias, US-amerikanisches Vertragsrecht zur Lizenzierung „geistigen Eigentums“, in K+R, 1999, 210.

Litvinoff, S., Offer & Acceptance in Louisiana Law: A Comparative Analysis: Part II-Acceptance, 28 La. L. Rev. 153, 1968.

ders., Obligations, 6 Louisiana Civil Law Treatise, 1969.

ders., The Law of Obligations, Louisiana Jurisprudence 87, 1985.

Maier, Adolf, Zur Kaufmannseigenschaft von Softwareentwicklern, in NJW 1986, 1909.

Malzer, Michael, Der Softwarevertrag, Köln, 1991.

Marly, Jochen, Softwareüberlassungsverträge, München, 1991.

Medicus, Dieter, BGB Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Heidelberg, 1994. *zitiert*: Medicus AT.

Medicus, ders., Bürgerliches Recht, 17. Aufl., Köln, 1996. *zitiert*: Medicus, Bürgerliches Recht.

Meier, Klaus / *Wehlau*, Andreas, Produzentenhaftung des Softwareherstellers, in CR 1990, 95.

Mehrings, ders., Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online- und CD-ROM Datenbanken, in NJW 1993, 3102.

Möhring, Philipp, Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsmaschinen, in GRUR 1967, 269.

Moritz, Hans-Werner, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, in CR 1994, 257.

Moritz, Hans Werner, Computersoftware, Diss., Konstanz, 1988.

Moritz, Hans-Werner / *Tybussek*, Barbara, Computersoftware - Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Auflage, München, 1992.

Moser, H., Vergleichende Literaturuntersuchung der Schutzfähigkeit von Rechenprogrammen für Datenverarbeitungsmaschinen, in GRUR 1967, 639.

Müller, Klaus, Das Geschäft für den, den es angeht, in JZ 1982, 777.

Müller-Hengstenberg, Claus Dieter, Zuordnung von Softwarefehlern in Risikobereiche, in CR 1989, 900.

Müller-Hengstenberg, ders., Computersoftware ist keine Sache, in NJW 1994, 3128.

Münchener Kommentar, zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

1.Band, §§ 1-240, 3. Auflage, München, 1997;

3. Band, §§ 433-606, 3. Auflage, München, 1995;

4. Band , §§ 607-704, 3. Auflage, München, 1997;

6. Band, §§ 854-1296, 3. Auflage, München, 1997.

zitiert: Bearbeiter in MüKo.

Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, 4. Auflage., München, 1994

Nader, Ralph. in einem von dem Consumer Project on Technology (CPT) gesponsorten Brief vom 31.3. 1997 an Bill Gates, Microsoft, www.circumtech.com/news/ralph.html.

Note, Unconscionability and the Fundamental Breach Doctrine in Computer Contracts, 57 Notre Dame L. Rev. 547, 1982.

Note, Unconscionability Redefined: California Imposes New Duties on Commercial Parties Using Form Contracts, 35 Hastings L.J. 161, 164 (1983).

Note, Frankly Incredible: Unconscionability in Computer Contracts, 4 Computer/L.J. 695, 1984.

Nycum, Liability for Malfunction of a Computer Program, 7 Rutgers Computer Tech. L.J., 1, 1979.

Oertmann, Paul, Die Geschäftsgrundlage, Leipzig, 1921.

Otte, Gerhard, Wesen, Verkehrsanschauung, wirtschaftliche Betrachtungsweise - ein Problem der §§ 93, 119 Abs. 2, 459 und insbesondere 950 BGB, in JuS 1970, 154.

Paglia, Todd J., Memorandum an das American Law Institute vom 10.3.1998, www.cptech.org/ucc/ali3-10.html.

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 59. Auflage, München, 2000. *zitiert*: Bearbeiter in Palandt.

Peys, Commercial Law - The Enforceability of Computer "Box-Top" License Agreements Under the UCC, 7 Whittier L. Rev. 881, 1985.

Pötzsch, Thorsten, Die rechtliche Einheit von Hard- und Software in CR 1989, 1063.

Pres, Andreas, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, in CR 1994, 520.

Reimer, Dietrich, Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, in GRUR 1980, 572.

Reynolds, The Self-Executing License: A Legal Fiction, 2 Computer L. Rep. 549, 1984.

Rodau, Andrew, Computer Software: Does Article 2 of the Uniform Commercial Code Apply?, 35 Emory L. J. 853, 1986.

Rothkegel, Rolf, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, Köln, 1974.

Ruppelt, Martin, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. November 1987 - VIII ZR 314/86 abgedruckt CR 1988, 124ff, in CR 1988, 994.

Ruppelt, ders., Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg - 9 U 59/87 vom 16. November 1987, in CR 1989, 107.

Russo, Do Box-Top Software License Work?, 2 Software Protection 1, 12, 1984.

Schmidt-Salzer, Joachim, Subjektiver Wille und Willenserklärung, in JR 1969, 281.

Schneider, Jochen, Handbuch des EDV Rechts , 2. Auflage, Köln, 1997. *zitiert*: Schneider-EDV.

Schneider, Jörg, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht,

München, 1988. *zitiert*: Schneider, Softwareverträge.

Schricker, Gerhard, Urheberrecht, Kommentar, München, 1987. *zitiert*: Bearbeiter in Schricker.

Schulze, Gernot, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg, 1983.

Schwab, Dieter, Einführung in das Zivilrecht, 13. Auflage, Heidelberg, 1997.

Schwung, Siegfried, Die Zusendung unbestellter Waren, in JuS 1985, 449.

Seitz, Theodor, Anmerkung zum Urteil des Bundesfinanzhofs vom 20. Juli 1988, CR 1989,291, in CR 1989, 293.

Soergel, Hans-Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1988. *zitiert*: Bearbeiter in Soergel.

Soma, J.T., Computer Technology and the Law, 1983.

Sonnenberger, Hans Jürgen, Verkehrssitten im Schuldvertrag, München, 1970.

Staudinger, Julius v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, §§ 21-103, Buch 3, §§ 164-240, 13. Auflage, Berlin, 1995; Buch 2 §§ 90-240, 12. Auflage, Berlin, 1980. *zitiert*: Bearbeiter in Staudinger.

Stern, Shrink Wrap Licenses of Mass Marketed Sotware: Enforceable Contract or Whistling in the dark?, 11 Rutgers Computer & Tech. L. J. 51, 1985.

Sucker, Michael, Lizensierung von Computersoftware (II), Kartellrechtliche Grenzen nach dem EWG-Vertrag, in CR 1989, 468.

Tellis, Nikolaus, Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware, in BB 1990, 500.

Thiele, Wolfgang, Zu einem Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in JZ 1969, 405.

Toong / *Gupta*, A New Direction in Personal Computer Software, 72 Proc. IEEE 377.

Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1980.

Vergari, James V. / *Shue*, Virginia V., Fundamentals of Computer HighTechnology Law, 1991.

Walter, Norbert, Ertragsteuerliche Behandlung von Software (Computerprogrammen), in DB 1980, 1766.

Wedemeyer, Werner, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlung, Marburg, 1904.

Weimar, Wilhelm, Zweifelsfragen zur unbestellten Ansichtssendung, in JR 1967, 417.

Westphalen, Friedrich Graf v., Rechtsprobleme des Computerleasing, in CR 1987, 477.

Westphalen, ders., Vertragsrecht und AGB-Klauseln, München, Stand Januar 1995.

White, J. / *Summers*, R., Uniform Commercial Code, 4th ed., St. Paul, Minneapolis, 1985.

Wieacker, Franz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, in JZ 1967, 383.

Williston, S, A Treatise on the Law of Contracts, 4th ed., Rochester, New York, 1990.

Wittmer, Hans Rudolf, Der Schutz von Computersoftware - Urheberrecht oder Sonderrecht?, Diss., Bern, 1981.

Wolf, Manfred / *Horn*, Norbert / *Lindacher*, Walter F., AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl., München, 1994. *zitiert*: Bearbeiter in W/H/L.

Zahrnt, Christoph, DV-Verträge: Gestaltung durch den Anwender, München, 1987.

Zahrnt, ders., Einsatz von Standardanwendungsprogrammen auf "fremden" DV-Anlagen, in CR 1989, 965.

Zahrnt, ders.*,* Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht, in CR 1994, 455.

Zahrnt, ders.*,* Softwareüberlassungsverträge der zweiten Art, in BB 1996, 443.

Fälle

Advent Sys. Ltd. v. Unisys Corp. 925 F 2d 670 (3rd Cir. 1991)

Aluminum Corp. v. Macaw, 70 Misc. 2d 495, 333 N.Y.S.2d 818, 822 (N.Y. Sup. Ct. 1972).

American international Pictures, Inc. v. Foreman, 400 F. Supp. 928 (S.D. Ala. 1975), rev'd, 576 F.2d 661 (5th Cir. 1978).

Architectural Aluminum Corp. v. Macaw, 70 Misc. 2d 495, 333 N.Y.S.2d 818, 822 (N.Y. Sup. Ct. 1972).

Arizona Retail Systems, Inc. v. the Software Inc., 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993).

A & M Produce v. FMC Corp., 135 Cal. App. 3d 473, 186 Cal Rptr. 114 (Cal. Ct. App. 1982).

Avery v. Aladdin Products, Inc., 128 Ga. App. 266, 196 S.E.2d 357 (1973).

Bakal v. Burroughs Corp., 74 Misc. 2d 202, 343 N.Y.S.2d 541 (Sup. St. 1972).

Baker v. City of Seattle, 79 Wash. 2d 198, 484 P.2d 405 (1971).

Bauer v. O'Donnell, 229 U.S. 1, 31 S. Ct. 376 (1912).

Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339, 28 S. Ct. 722 (1908).

Bona v. Graefe, 264 Md. 60, 285 A.2d 607 (1972).

Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co., 246 U.S. 8, 38 S. Ct. 257 (1918).

Cervitor Kitchens, Inc. v. Chapman, 7 Wash. App. 520, 500 P.2d 783 (1972).

Chatlos Sys., Inc. v. National Cash Register Corp., 14 Conn. L. Rev. 70, 98 (1981).

Christopher & Son, Inc. v. Kansas Print & Color Co., 215 Kan. 185, 523 P.2d 709 (1974).

Dallen v. Delug, 157 Cal. App. 3d 940, 203 Cal. Rptr. 879 (1974).

Dougall v. Brown Bay Boat Works & Sales, 287 Minn. 290, 178 N.W.2d 217 (1970).

Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376 (1911).

Earman Oil Co. v. Burroughs Corp., 625 F.2d 1291 (5th Cir. 1980).

Eastex Aviation, Inc. v. Sperry & Hutchinson Co., 522 F.2d 1299 (5th Cir. 1975).

Eichenberger v. Wilhelm, 244 N.W.2d 691, 697 (S. Dak. 1976).

General Motors Acceptance Corp. v. Johnson, 426 So. 2d 691 (La. App. 1st Cir. 1982), writ denied, 433 So. 2d 151(La. 1983).

Glovatorium v. National Cash Register Corp., No. C-79-3393 (N.D. May 1, 1983), aff'd on other grounds, 684 F.2d 658 (9th Cir. 1982).

Gulf South Mach., Inc. v. Kearney & Trecker Corp., 756 F.2d 377 (5th Cir. 1985), cert. denied, 106 S. Ct. 229 (1985).

Haggle v. General Motors Corp., 190 Col. 57, 544 P.2d 983, 989-90 (1975).

Hertz Commercial Leasing Corp. v. Transp. Credit Clearinghouse, 59 Misc. 2d 226, 298 N.Y.S.2d 392 (Civ. Ct. 1969) rev'd on other grounds, 64 Misc. 2d 910, 316 N.Y.S. 585 (App. Div. 1970).

Hill v. BASF Wyandotte Corp., 696 F.2d 287 (4th Cir. 1982).

Howard Trucking Co., Inc. v. Stassi, 485 So. 2d 915 (La. 1986).

Hunt v. Perkins Mach. Co., 352 Mass. 535, 226 N.E.2d 228, 231 (1967).

Interco, Inc. v. Randustrial Corp., 533 S.W.2d 257 (Mo. App. 1976).

Jacobs v. Metro Chrysler Plymouth, Inc., 125 Ga. App. 462, 188 S.E.2d 250, 253 (1972).

Jaskey Finance and Leasing Co. v. Display Data Corp., 564 F. Supp. 160 (E.D. Pa. 1983).

Jeansonne v. Leon Pickard Chevrolet, 447 So. 2d 551 (La. App. 1st Cir. 1984).

Johnson v. Mobil Oil Corp., 415 F. Supp 264, 268 (E.D. Mich. 1976).

Kalil Bottling Co. v. Burroughs Corp., 127 Ariz. 278, 619 P.2d 1055 (1980).

Karczenewski v. Ford Motor Co., 382 F. Supp. 1346, affirmed mem., 515 F.2d 511 (7th Cir. 1975).

Langford v. Eckert, 88 Cal. Rptr. 429, 9 Cal. App. 3d 439 (1970).

Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, Inc., 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689 (Minn. 1957).

Lincoln Pulp & Paper Co., v. Dravo Corp., 436 F. Supp 262 (D.C. Me. 1977).

Lotus Dev. Corp. v. Rixon, Inc., Civ. No. 84-278-C (D. Mass. Sept. 20, 1984)(dismissed without prejudice).

Louisiana National Leasing Corp. v. ADF Service, Inc., 377 So. 2d 92, 96 (La. 1979).

Majors v. Kalo Laboratories, Inc., 407 F. Supp. 20 (M.D. Ala. 1975).

Monsanto Agric. Prod. Co. v. Edenfield, 426 So. 2d 574 (Fla. Dist. Ct. App. 1982).

Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, 37 S. Ct. 416 (1917).

Nevill Chem. Co. v. Union Carbide Corp., 294 F. Supp. 649, 655 (W.D. Pa. 1968), aff'd in part, vacated in part on other grounds, 422 F.2d 1205 (3d Cir. 1969), cert. denied, 400 U.S. 826 (1970).

Pennington Grain & Seed v. Tuten, 422 So. 2d 948 (Fla. Dist. Ct. App. 1982).

Pennsylvania Gas Co. v. Secord Brothers, Inc., 73 Misc. 2d 1031, 343 N.Y.S.2d 256, aff'd, 357 N.Y.S.2d 702 (N.Y. App. Div. 1973).

Philips Mach. Co. v. LeBlond, Inc., 494 F. Supp. 318 (N.D. Okla. 1980).

Pfizer Genetics v. Williams Management, 204 Neb. 151, 281 N.W.2d 536 (197-9).

Prince v. Paretti Pontiac Co., Inc., 281 So. 2d 112 (La. 1973).

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1446 (7th Cir. 1996).

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 908 F Supp. 640 (Wd. Wis. 1996).

Schroeder v. Fageol Motors, 86 Wash. 2d 256, 544 P.2d 20 (1975).

Seibel v. Layne & Bowler, Inc., 56 Or. App. 387, 641 P.2d 668 (Or. Ct. App. 1982).

State v. Allen, 625 P.2d 844 (D. Alaska 1981).

Step-Saver Data Systems, 939 F. 2d 91.

Stephens v. Cady, 55 U.S. (14 How.) 528 (1853).

Steven v. Fielity Co., 58 Cal. 2d 862,882, 27 Cal. Rptr. 172, 185, 377 P.2d 284,297 (1962).

Straus v. Victor Talking Machine Co., 243 U.S. 490, 37 S. Ct. 416 (1917).

Taterka v. Ford Motor Co., 86 Wis. 2d 140, 271 N.W.2d 653 (1978).

Theriot v. Commercila Union Ins. Co., 478 So. 2d 741 (La. App. 3d Cir. 1985).

Transamerica Oil Corp. v. Lynes, 723 F.2d 758 (10th Cir. 1982).

Tuttle v. Lowrey Chevrolet, Inc., 424 So. 2d 1258 (La. App. 3d Cir. 1982).

Upton v. Tribilock, 91 U.S. 45, 50 (1875).

United States v. Bily, 406 F. Supp. 726, 732 (E.D. Pa. 1975).

United States v. Wells, 176 F. Supp. 630, 634 (S.D. Tex. 1959).

United States v. Wise, 550 F.2d 1180, 1187, n.10 (9th Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 929 (1977); rehearing denied, 434 U.S. 977 (1977).

U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc., 509 F.2d 1043 (6th Cir. 1975).

Van Den Broeke v. Bellanca Aircraft Corp., 576 F.2d 582 (5th Cir. 1978).

Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F. 2d (5th Cir. 1988).

Vitromar Piece Dye Works v. Lawrence of London Ltd., 119 Ill. App. 2d 301, 256 N.E.2d 135 (1969).

Webb v. Polk Chevrolet, Inc., 387 So. 2d 1240 (La. App. 1st Cir. 1980), writ denied, 390 So. 2d 1344 (La. 1980).

W.R. Weaver Co. v. Burroughs Corp., 580 S.W.2d 76 (Tex. Civ. App. 1979).

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965).

Willoughby v. Ciba Geigy Corp., 601 S.W.2d 385 (Tex. Civ. App. 1979).

Zeller v. National Bank & Trust Co., 79 Ill. App. 3d 170, 34 Ill. Dec. 473, 398 N.E.2d 148 (Ct. App. 1979).